

« POURQUOI PROTÉGER LES CONSOMMATEURS ? »

ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SYSTÈMES SOCIO-ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES EUROPÉEN ET BRÉSILIEN

Wellerson Miranda Pereira¹

Introduction; Chapitre I – Les raisons d'une protection juridique des consommateurs; Section I - Les raisons d'ordre économique qui justifient la protection juridique des consommateurs ; Section II - Les raisons d'ordre social qui justifient la protection juridique des consommateurs ; Chapitre II – La nécessité d'une protection spécifique des consommateurs ; Section I - Inadaptation du droit commun ; Section II - Particularismes du droit de la consommation ; Conclusion ; Références

Introduction

« La consommation est devenue la morale de notre monde. Elle est en train de détruire les base de l'être humain »². L'affirmation du sociologue est grave. Elle appelle le juriste à la réflexion sur le phénomène de la consommation. Le consommateur, pivot (ou victime?) de ce mouvement de la société moderne, émerge donc comme objet d'intérêt fondamental. La compréhension des mécanismes structurels du phénomène de la consommation dans les contextes socio-économiques où il est amené à consommer nous incite à la recherche scientifique.

Nous nous proposons de répondre, dans le cadre de cette étude, à la question de savoir pourquoi faut-il protéger les consommateurs. Le sujet n'est pas nouveau, nombreuses sont les études entamées dans le but d'apporter les justifications du droit de la consommation. La méthode, cependant, y constitue certes un facteur de distinction, consistant à fournir des éléments de comparaison entre les besoins de protéger les consommateurs au Brésil et en Europe. Au vieux continent, nous limiterons l'analyse aux ordres juridiques français, suisse et communautaire.

Afin de rendre plus facile la compréhension de l'analyse proposée, il faut souligner, dès le départ, l'objectif principal du droit de la consommation: « il cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs »³. Le mot *équilibre*, nous le verrons, joue un rôle fondamental pour la compréhension des objectifs de cette branche du droit.

Si, d'une part, aujourd'hui, il n'est plus question de plaider la reconnaissance de l'existence et la légitimité du droit de la consommation, il n'en demeure pas moins que la perception de la notion de consommateur comme un sujet de droits privilégié, reste encore très floue.

¹ Doctorant en cotutelle de thèse à l'Université de Savoie et à l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² J. P. Mayer, préface à l'ouvrage de J. Baudrillard, *La société de consommation*, 1970, Éditions Denoël, p. 14.

³ J. Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, Dalloz, 6^e éd., 2003, p. 3.

En effet, si on prétend que, dans une perspective juridique, la consommation concerne les rapports marchands entre consommateurs et professionnels, on se rendra compte que du point de vue purement technique, « on a toujours consommé et le consommateur existe depuis des millénaires. Ses problèmes se perdent dans la nuit des temps. Ses luttes datent de l'apparition du commerce. Déjà la Bible pose des règles contre les fraudes des commerçants. Aux débuts de Rome, la loi des XII Tables contient des dispositions en faveur des acheteurs... L'histoire des consommateurs c'est alors l'histoire de l'humanité ! »⁴.

Et pourtant, on ne parle de consommateurs et des mouvements destinés à promouvoir leurs intérêts en tant que tels que depuis quelques décennies.

En réalité, plusieurs facteurs expliquent la naissance tardive de ces mouvements, la plupart fondée sur les théories économiques et politiques de la liberté du commerce et de l'élimination des entraves aux échanges marchands: le développement sans précédents de l'économie et l'accroissement démesuré de la production depuis les années 1960, l'agrandissement de la taille des entreprises, la complexité plus grande des produits et des services, le développement du crédit, de la publicité et des techniques de *marketing*⁵, « société de consommation – néons – nylons – antibiotiques – cartes de crédit – agences de voyages – la publicité partout – la télévision triomphante. Civilisation des Carrefours et retour en force des Mammouths. Tout cela date d'hier. Des années 60. »⁶

Simultanément, surtout dans des pays dits du tiers monde, un brutal mouvement migratoire urbain, l'amélioration de la condition de vie par de nouvelles techniques médicales, le progrès de la chimie et de l'industrie pharmaceutique, l'explosion démographique vérifiée dans des pays tels que le Brésil⁷ et les politiques économiques menées par ses gouvernants de l'époque promettant une croissance de « 50 ans en 5 »⁸, enfin, constituent tous des événements qui ont entraîné le phénomène appelé la consommation de masse ou la *société de consommation*.

En face de si profonds changements de la vie quotidienne dans ces sociétés, « de multiples initiatives, émanant des pouvoirs publics mais aussi des tribunaux et d'organismes représentatifs d'intérêts privés, parmi lesquels essentiellement les groupements professionnels et les organisations de consommateurs, se sont développées dans le but commun, implicite ou clairement exprimé, d'assurer et d'accroître la protection des intérêts des consommateurs sur le marché des biens et des services circulant au sein du système économique. Pour y parvenir, il est

⁴ L. Bihl, *Une histoire du mouvement consommateur, mille ans de lutes* 1984, Aubier, p. 8-10.

⁵ J. Calais-Aloy, *op. cit.* p. 1.

⁶ L. Bihl, *op. cit.* p. 7.

⁷ Un exemple anecdotique est le fait qu'à l'occasion de la coupe du monde de football en 1970 chaque brésilien répétait le *jingle* créé par les entreprises parraineuses de l'équipe nationale pour la faire supporter. « Nous sommes 90 millions en action, allez Brésil... » Quelques 20 ans après, le pays compte sur une population doublée, de plus de 180 millions d'habitants. Les données sont fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique, sur le site Internet <http://www.ibge.gov.br> (site visité le 30.8.2004)

⁸ «Le gouvernement du président brésilien Juscelino Kubstichek, dont la devise était '50 ans en 5', avait pour but de moderniser le pays et le doter d'industries de base et de biens de consommation. Pendant cette période la société brésilienne acquerrait définitivement son aspect urbain, animée par l'idéologie du développement et par l'association avec le capital extérieur, à travers l'installation d'un ensemble industriel nouveau et sophistiqué. Pour la première fois dans l'histoire du pays, les masses urbaines apparaissaient dans le scénario politique et la ville se transformait, sans retour, dans le centre décisionnel de la vie nationale. » *Contexte historique des années 1950*, libre traduction du texte obtenu sur le site Internet <http://www.artbr.com.br/casa/>

notamment fait appel à l'instrumentation juridique ; on a pu voir ainsi se modeler un ensemble normatif nouveau, qualifié le plus généralement de 'droit de la consommation'. »⁹

Thierry Bourgoignie explique que le développement du droit de la consommation s'entoure en effet d'une grande ambiguïté. « Les objectifs et le domaine du droit de la consommation n'apparaissent pas de façon claire. [...] Des solutions nouvelles et parfois audacieuses sont proposées dans certaines matières tandis qu'ailleurs, il est fait essentiellement appel aux mécanismes traditionnels du droit des contrats ; [...] des motivations à caractère social sont avancées pour justifier une intervention réglementaire accrue sur certaines questions, tandis qu'ailleurs l'effort se limite à encourager le libre jeu des rouages de l'économie de marché par l'amélioration des conditions de la concurrence et une plus grande transparence des échanges marchands. »¹⁰

Et l'auteur, en face de telles différences de développement et d'application du droit de la consommation pose une question cruciale, afin de définir la finalité essentielle de ce domaine du droit, qui se prétend autonome: « Le modèle juridique qu'il définit s'inscrit-il au sein des postulats qui caractérisent les rapports marchands auxquels donnent lieu les lois du marché dans la société de consommation actuelle, privilégiant les relations de type individuel et les critères d'efficacité économique ? Ou cherche-t-il, au contraire, à refléter une théorie sociale de la consommation, dénonçant le caractère mythificateur des instruments actuels de formalisation juridique des échanges entre professionnels et consommateurs pour y substituer un modèle normatif de type social ou collectif ? »¹¹

Ces approches ont été adoptées distinctement, dans des ordres juridiques divers. Elles trouvent leurs origines dans les sciences économiques et la distinction implique un grand impact sur le niveau de protection des consommateurs. Il s'agit effectivement de chercher les différentes notions de consommateur d'un point de vue interdisciplinaire.

L'origine des expressions « consommation, consommateur » provient du domaine de la science économique¹², celle-ci étant en effet « la seule apte à nous décrire l'environnement socio-économique au sein duquel le consommateur évolue, la fonction particulière que ce dernier y exerce et les conditions dans lesquelles il remplit son rôle. »¹³

Deux théories fondamentales ressortent de l'analyse économique du phénomène, exprimant des courants idéologiques véritablement opposés: l'une, identifiée généralement comme objective, vise précisément l'acte technique de consommation et envisage le consommateur comme un *agent économique individuel* ; l'autre, nommée subjective, cherche plutôt à définir la notion de consommateur comme une personne qui consomme, dans une perspective plus large et finaliste du phénomène caractérisant une *fonction de consommation*.

La première approche, qualifiée de théorie du consommateur individuel¹⁴, relève des observations du courant économique néo-classique, dont J. M. Keynes, se basant sur les assertions d'Adam Smith à propos des avantages du marché libre.

⁹ Th. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1988, p. 1-2.

¹⁰ *Idem.* p. 5.

¹¹ *Idem.* p. 6-7.

¹² J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 6.

¹³ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 15.

¹⁴ G. Delvax, F. Domont-Naert, C. Panier, Th. Bourgoignie. *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 2.

Les partisans de cette théorie considèrent que ce qui caractérise un consommateur est l'accomplissement de l'acte technique d'épuiser la valeur d'un bien offert dans le marché, en achevant son processus économique. On consomme dans la mesure où l'on retire un bien circulant au sein du système économique. Le consommateur apparaît dès lors comme celui qui détruit un bien ou, plus précisément, en détruit la substance, l'utilité¹⁵.

Pour les néo-classiques, l'intervention de l'État en vue de protéger les consommateurs serait inutile, car c'est en effet la libre concurrence qui permet de promouvoir la protection des consommateurs.

La théorie du consommateur individuel a été contestée par les partisans d'une approche identifiée comme subjective ou finaliste¹⁶ du phénomène en question. Ce courant insiste sur la nécessité d'étudier le phénomène de la consommation en tant que fonction économique, plutôt qu'acte technique, se situant dans le cycle global : production – distribution – échange – consommation¹⁷.

Il en résulte un caractère implicite de vulnérabilité du consommateur. Ici, le professionnel est présumé être le pôle le plus puissant d'une relation par nature déséquilibrée, dans le cadre d'un système de production *vs.* consommation de masse.

On le voit, l'analyse socio-économique du phénomène de la consommation nous présente une vision plus ample de l'environnement où se développent les rapports entre professionnels et consommateurs. Elle est censée nous fournir les éléments nécessaires à poursuivre une étude juridique sur les besoins de protéger ceux-ci. Soit la théorie objective du consommateur individuel, soit la théorie subjective de la norme sociale de la consommation débouchent, chacune, sur une adaptation juridique propre et constituent, nous le verrons, des courants juridiques divers.

L'entreprise à suivre se déroulera en deux temps: dans un premier chapitre nous analyserons les raisons d'une protection juridique des consommateurs. Des raisons de plusieurs ordres, politiques, économiques, sociales, psychologiques et sociologiques qui entraînent le besoin d'une telle protection feront l'objet de ces premières études.

Dans un deuxième chapitre, une fois compris le besoin de les protéger juridiquement, nous poursuivrons la vérification de la nécessité d'une protection spécifique des consommateurs. Une étude préalable des instruments traditionnels du droit commun mis à disposition des consommateurs aura lieu. Ensuite nous passerons à l'analyse des

¹⁵ M. Wiewiorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, Paris, PUF, 1977, p. 12. *apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 34. La théorie néo-classique repose finalement sur quatre postulats fondamentaux: la production a pour seule finalité de satisfaire les besoins des consommateurs; le consommateur est un individu qui agit isolément dans le marché lors des rapports qu'il entretient avec son partenaire économique; il exerce rationnellement ses propres choix, en acquérant et en utilisant des biens et des services; le marché est le lieu privilégié de rencontre entre l'offre et la demande.

¹⁶ C. Marques, *op. cit.* p. 253.

¹⁷ G. Delvax *et alli*, *op. cit.* p. 2; Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 36-37: «Dans une société économique de type capitaliste, le phénomène de la consommation se caractérise par deux attributs essentiels: d'une part, l'émergence d'une 'norme sociale de consommation', désignant par là le développement d'un système de consommation de masse basé sur la production d'un nombre croissant de biens et d'activités plutôt que sur l'expression individuelle des consommateurs et dont, en conséquence, le consommateur perd la maîtrise; d'autre part, la naissance de ce que d'aucuns appellent le 'consommariat', à savoir la constitution d'un ensemble socio-économique regroupant des catégories de consommateurs différents mais qui présentent toutes, en dépit de leur diversité, le caractère commun d'un rapport obligé à la consommation marchande comme moyen d'existence.»

particularismes du droit de la consommation, avec ses propres instruments, ses différentes approches et ses solutions particulières dans le but de promouvoir une protection accrue des consommateurs.

Cette entreprise en deux temps devra nous fournir les éléments de conviction suffisants à fournir une réponse, modestement satisfaisante, à la question principale de savoir pourquoi il faut protéger les consommateurs.

Chapitre I - Les raisons d'une protection juridique des consommateurs

Le besoin de protéger le consommateur procède du déséquilibre et de la vulnérabilité dans lesquels il se trouve vis-à-vis du professionnel. La protection juridique des consommateurs relève, ainsi, d'un impératif démocratique de promotion de l'égalité entre les citoyens.

Ce déséquilibre porte sur plusieurs causes, qui peuvent être identifiées et classées selon différents ordres de nécessité de protection. Dans ce chapitre sont démontrées, d'abord (section I), les raisons d'ordre économique.

D'autres raisons, d'ordre plutôt social, sont aussi présentées (section II) ; elles doivent, cependant, être appréhendées dans un sens large, comprenant tant des raisons à caractère politique et sociologique, que celles qui se réfèrent aux entraves à l'accès à la justice. Des facteurs psychologiques et culturels qui exercent, eux aussi, une influence sur le besoin d'une telle protection sont traités dans le cadre des raisons énumérées ci-dessus.

Mais, remarquons bien : une étude sur les besoins de protéger les consommateurs doit, évidemment, supposer que les citoyens, de fait, consomment, qu'ils font partie d'une société de consommation. On remarquera, à cet égard, que les problèmes auxquels sont confrontés les consommateurs dans les pays industrialisés (atteintes à la sécurité et à la santé, qualité des biens et des services, publicités trompeuses et abusives, pratiques déloyales, manque d'accès à la justice etc.) sont également ressentis dans des pays moins développés.

Toutefois, dans le contexte socioéconomique du Brésil (et des pays en voie de développement en général) les besoins de protection directement liés au droit de la consommation se doubleront de problèmes d'ordre beaucoup plus vaste, eu égard à ses particularités économiques, politiques, sociales et culturelles, qui caractérisent des situations d'extrême pauvreté et de profondes inégalités. Les consommateurs sont encore confrontés à des problèmes, plus pressants, de malnutrition, brève espérance de vie, difficulté d'accès aux biens et services élémentaires, inflation, constantes menaces aux institutions démocratiques, analphabétisme, chômage, maladies endémiques, manque absolu d'information etc.¹⁸

L'observation est significative, car une étude centrée exclusivement sur le mode et le processus de consommation typiques des pays industrialisés risque de se muer en une analyse élitiste, discriminatoire et non efficace du besoin d'apporter une protection juridique aux consommateurs agissant dans le contexte socio-économique en question.

¹⁸ La solution de ces problèmes échappe, par ailleurs, au champ d'application plus restreint du droit de la consommation. Il n'est pas question de rechercher, ici, les réponses à tous ces problèmes. Mais une analyse des besoins de protéger juridiquement les consommateurs doit en tenir compte, car ils exercent certes un impact sur les mesures spéciales à entreprendre.

En effet, la doctrine a élargi le concept de protection juridique, en faisant allusion plutôt au concept d'« aide juridique »¹⁹, en ce sens qu'une politique de protection qui conduise les consommateurs à exercer pleinement leurs droits, en tant que citoyens, doit tenir compte d'aspects bien plus vastes, de l'environnement où ils agissent.

C'est peut-être par rapport à cet ample concept d'aide juridique qu'il faudra, enfin, comprendre les besoins de protection des consommateurs dans les contextes socio-économiques que nous nous sommes proposés d'analyser.

Section I. Les raisons d'ordre économique qui justifient la protection juridique des consommateurs

Dans le contexte économique actuel du monde globalisé, les lois du marché, la concurrence idéale entre les entreprises, se trouvent démenties par la réalité. La souveraineté du consommateur, la façon libre et rationnelle dont il ferait ses choix, apparaissent bien théoriques lors de la constatation de la formation d'une *norme sociale de consommation*. La constatation des défaillances du marché (*market failures*) dans un système capitaliste de production nous permet d'identifier et de regrouper les causes qui conduisent au déséquilibre entre professionnels et consommateurs.

Elles sont, entre autres: le manque de transparence et la manipulation de l'information fournie aux consommateurs sur le marché (a) ; les atteintes à la structure concurrentielle du marché (b) ; l'absence de pouvoir réel de négociation du consommateur individuel lors des rapports de consommation (c) ; le manque d'organisation des consommateurs pour défendre leurs intérêts auprès des organismes de décision économique ou politique (d) ; les externalités découlant des rapports de consommation dont les effets sont ressentis par toute la collectivité (e).

A – Le manque d'information des consommateurs sur le marché

Même la doctrine libérale souligne l'importance de l'information dont ont besoin les consommateurs pour faire leurs choix en connaissance de cause, de façon réfléchie et éclairée. Elle est la condition de transparence d'un marché qui se rapproche du modèle de concurrence idéale où les consommateurs jouent pleinement leur rôle de facteur d'équilibre, en tant qu'agents économiques, en exerçant un « contre-pouvoir consommateur »²⁰.

En réalité, cependant, la transparence du marché dans les systèmes capitalistes n'existe guère. Par la manipulation de l'information les professionnels créent des nouveaux besoins chez les consommateurs, en se servant de techniques sophistiquées de persuasion, comme la publicité et le marketing, des pratiques commerciales agressives, l'incitation au crédit et à l'endettement, la différenciation artificielle des biens offerts à la consommation, ou l'obsolescence programmée des produits industriels.

Les nouvelles techniques de communication telles qu'Internet, les connexions à câble et même via satellite font, à leur tour l'objet, de controverses. En même temps qu'elles présentent d'innombrables avantages – comme l'accès à l'information en temps réel, la rapidité de l'actualisation des informations, leur disponibilité permanente, ou la possibilité

¹⁹ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 125-126.

²⁰ C'est la notion de « countervailing power » avouée initialement par J. K. Galbraith, qui fait référence à un contre-pouvoir effectif susceptible d'organiser et de représenter les intérêts collectifs des consommateurs en vue de les opposer à ceux des producteurs. *Apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 40.

de flux transfrontaliers, elles présentent aussi des inconvénients, par exemple la constitution d'un support très utile pour servir les tromperies liées à la publicité, ou faciliter l'accès abusif aux données personnelles d'autrui.

Un autre aspect de l'information ignoré par les consommateurs se réfère aux coûts et tarifs liés aux transactions et répercutés sur le prix final des produits, par les professionnels. Ce manque de transparence contribue aussi à priver les consommateurs de leur faculté d'agir en tant que facteur d'équilibre des rapports sur le marché.

En effet, le renseignement, l'information et l'éducation même des consommateurs sont davantage importants dans les contextes socioéconomiques où les consommateurs disposent de faibles capacités intellectuelles. Le niveau de scolarité et d'instruction des consommateurs joue ainsi un rôle relevant dans la vérification du besoin de protection juridique envisagé²¹.

B – Les atteintes à la structure concurrentielle du marché

La compétition entre les professionnels profite aux consommateurs, par l'amélioration de la qualité des produits et la réduction des prix.

Cependant, la croissance démesurée de l'économie, l'agrandissement de la taille des entreprises et leur concentration pendant les dernières décennies ont permis l'émergence d'atteintes nouvelles et sophistiquées à la structure concurrentielle du marché.

En sus des détournements traditionnels de la compétitivité entre les entreprises comme les monopoles (privés ou publics) et les formations oligopolistiques, des pratiques déloyales ingénieuses telles que le *trust*, le *dumping* ou les concentrations verticales ont été développées.

Les rapports entre concurrence et consommation, par ailleurs, révèlent des mesures parfois contradictoires, et normalement au détriment des intérêts des consommateurs. « La rationalité économique commande parfois que certaines atteintes au libre jeu de la concurrence soient tolérées aux motifs, notamment, d'une meilleure efficacité à attendre de l'intégration des systèmes de distribution, de l'accroissement de la compétitivité des petites et moyennes entreprises par l'encouragement à la coopération ou à la synergie, de la nécessité de répondre aux défis technologiques nouveaux, de la tolérance de cartels de crise dans certains secteurs en difficulté, de la situation de monopole naturel des services publics, voire aussi d'arguments liés à de la protection de l'emploi et de la production nationale. »²²

L'établissement d'entraves à la circulation de biens et de services sur le marché international et les « réserves du marché » configurent encore une forme d'atteinte aux intérêts des consommateurs, sous prétexte de sauvegarder la performance économique de la concurrence.

Dans les contextes socioéconomiques des pays moins développés, les consommateurs sont encore confrontés à d'éléments externes au seul jeu économique du marché concurrentiel.

²¹ À l'époque de la promulgation du code brésilien de défense des consommateurs en 1991, le taux d'analphabétisme total s'élevait à 20,1% de la population. Dix ans après, ce taux se trouve à 13,6% pour la totalité de la population. Dans les régions Nord et Nordeste, les plus économiquement défavorisées, ce taux s'élevait à 37,5% en 1991, se trouvant à 24,6% en 2000 parmi les personnes âgées de 10 ans et plus. Dans les communes présentant les niveaux les plus hauts du pays ce taux s'élevait jusqu'à 81,23% de la population locale. Les données sont fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE, et peuvent être trouvées sur le site Internet <http://www.ibge.gov.br>. Les mêmes informations sont fournies aussi en anglais et en espagnol. Elles peuvent être également trouvées sur le site <http://www.alfabetizacao.org.br>.

²² Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 65.

Il s'agit, par exemple, des politiques de « double standard » pratiquées par les entreprises multinationales qui pratiquent, dans ces pays-ci, une politique commerciale de différenciation, par rapport aux pays de leurs sièges (tels que la réallocation de produits défectueux, ou de ceux ayant subi un rejet par les consommateurs des pays industrialisés)²³ ; des crises économiques récurrentes, dont le résultat est un sous-investissement du capital étranger ; du manque de demande aux exportations et des restrictions aux échanges ; de la corruption répandue chez des organismes chargés d'assurer la concurrence ; ou encore de l'existence dans le marché de larges secteurs d'économie informelle²⁴.

C – L'absence de pouvoir réel de négociation du consommateur individuel lors des rapports de consommation

La position de faiblesse et le déséquilibre dans lesquels se trouve le consommateur par rapport aux professionnels avec qui il se noue, constituent peut-être les raisons les plus importantes de protéger les consommateurs. Ils sont contraints de se conformer aux conditions imposées par les professionnels plutôt que de faire leurs choix librement²⁵, confrontés à des situations routinières de « à prendre ou à laisser », sans aucun pouvoir de discuter ni le prix ni les clauses qui régiront leurs contrats.

Les professionnels utilisent, de plus en plus, des contrats d'adhésion, ou des conditions générales des contrats, pour imposer aux consommateurs les conditions qui les favorisent le plus. Il en reste que la répartition des risques économiques liés à la transaction – tels les risques d'accidents résultant de l'usage du produit, les risques de retard dans l'exécution du service, ou les risques d'insatisfaction – est toujours déterminée de façon à mieux servir les intérêts des professionnels.

Les nouvelles relations entre banques et clients, les contrats d'assurance-maladie et de soins médicaux, d'utilisation de cartes de crédit, les assurances en général, les services de transmission d'informations et de loisirs à câble, par téléphone, par télévision, par ordinateurs,

²³ Le « standard international de qualité » des biens et des services estime l'occurrence de 200 défauts pour million d'unités industrialisées. Au Brésil on trouve de 30 à 50 milles défauts pour chaque million d'unités industrialisées, et cela dans les secteurs les plus spécialisés de l'industrie. Cf. J. Segueira, dans son article publié dans le quotidien brésilien *Folha de São Paulo* de 18.12.1989. *Apud* A. T. Júnior, *op. cit.* p. 26.

²⁴ Une enquête réalisée par la consultante McKinsey sous demande de l'Institut Brésilien de l'Étique Concurrentielle – Etco, et publiée dans l'hebdomadaire *Exame* le 2.6.2004 a révélé que l'économie informelle au Brésil, qui comprend l'évasion et l'évasion des impôts, la falsification, la piraterie et le contrebande des marchandises, atteint déjà le taux de 40% du produit interne brut – PIB. Selon les données fournies, 55% des ouvriers brésiliens occupent des postes de travail chez le commerce informel, 70% des ordinateurs sont produits par cette même industrie, 85% des petits entrepreneurs ne paient pas d'impôts, 25% des jouets sont fabriqués et vendus par le commerce informel et 59% des denrées alimentaires sont commercialisés dans le « marché noir ». En effet le marché informel est souvent considéré non pas comme pas un problème mais comme une solution dans un pays assommé par le chômage, car il représenterait une alternative de revenu pour la population pauvre. Il en reste que les consommateurs se trouvent non seulement dépourvus de tout recours contre les éventuels vices présentés par ce type de biens et de services, mais aussi exposés aux risques des produits dangereux. Cf. les données sur le site Internet <http://www.portalexame.abril.uol.com.br>, ou encore sur <http://www.metaong.info/node.php?id=591>

²⁵ « Quelles que soient leurs motivations, les consommateurs font un choix parmi les marchandises offertes. Ils ont un droit de veto, ils ne sont pas obligés d'acheter ce qui ne leur plaît pas ; mais ils n'ont aucune initiative. La structure de la demande dans une société dépend fortement de l'offre disponible. (...) Ainsi, l'offre crée la demande. [...] Les études de marché sont en partie orientées vers la recherche de ce que le public disposant d'un pouvoir d'achat est susceptible de désirer ou d'avoir besoin, mais sont surtout orientées vers la recherche des méthodes les plus efficaces pour créer la demande des marchandises que le producteur veut lancer sur le marché » J. Robinson, J. Eatwell, *L'économie moderne*, Paris Ediscience – Mc Grawhill, 1975, p. 253-254. *Apud* G. Delvax et alii, *op. cit.* p. 10.

ainsi que les contrats de services publics essentiels, de fourniture d'eau, d'énergie et de téléphone par des organismes publics ou privés, sont autant d'exemples où le consommateur est lié par des contrats d'adhésion.

Les contrats conclus au moyen d'un support électronique présentent à leur tour quelques inconvénients, tels que l'isolement du consommateur lors de leur conclusion, l'emploi très fréquent de cartes de crédit, l'exposition des données personnelles et le risque de fraudes commises par des *hackers*, l'incertitude quant à la réception par le fournisseur de l'acceptation du consommateur, des problèmes liés au moment de l'acceptation de l'offre et de la conclusion du contrat, l'indisponibilité ou la difficulté d'accès aux conditions générales qui régiront la relation etc.

En résumé, il est indiscutable, d'une part, que les activités modernes et les nouvelles modalités de contrats dans la société contemporaine constituent une évolution de la technologie et de la rationalité scientifique, dont l'effet est l'amélioration de la qualité de vie des individus. Cela constitue, par ailleurs, une réalité irréversible de la société contemporaine globalisée.

Il n'en reste pas moins, d'autre part, que ces nouvelles techniques soumettent les consommateurs à une position de vulnérabilité pouvant affecter sensiblement leurs intérêts. Plus ils se trouvent démunis du pouvoir d'achat, d'information, et de capacité intellectuelle pour défendre leurs intérêts, plus on trouvera des raisons pour leur accorder une protection juridique.

D – Le manque d'organisation des consommateurs pour défendre leurs intérêts auprès des organismes de décision économique ou politique

Dans une société de consommation de masse, la dimension collective des rapports de consommation prend une importance d'autant plus accrue que les problèmes susceptibles d'affecter les intérêts des consommateurs peuvent atteindre un très grand nombre d'individus. Les publicités trompeuses, la mise en circulation de biens et de services dangereux, ou la diffusion d'offres, même à l'échelle internationale par Internet, font preuve du besoin de considérer les problèmes liés à la consommation dans une perspective de traitement collectif.

Cette constatation rappelle l'importance de l'association des consommateurs en groupes ou en organisations, afin de défendre leurs intérêts, de façon à former un contre-pouvoir consommateur pouvant faire face, de façon efficace, au pouvoir des professionnels.

Des entraves existent, cependant, qui empêchent la formation d'un mouvement organisé des consommateurs. Le caractère diffus de la notion de consommateur et l'hétérogénéité sociale des individus exerçant la fonction de consommer, constituent des freins à l'association des intérêts en jeu.

Des employeurs, des producteurs, des distributeurs, des citoyens, des travailleurs sont tous des consommateurs. Ils ont certes tous des intérêts communs, lorsqu'ils exercent la fonction de consommer. Mais leurs intérêts plus spécifiques, normalement liés à leurs occupations, les amènent à se dégager des efforts communs, qui les conduiraient à défendre leurs intérêts en tant que consommateurs.

Le consommateur est naturellement démotivé à s'engager dans la défense de ses intérêts, lorsque les coûts de cette entreprise sont disproportionnés à la valeur des intérêts en jeu ; *a fortiori* il sera démotivé à s'engager dans des efforts qui profiteront à toute une

collectivité, lorsqu'il sait que les actions menées ailleurs lui profiteront également (il s'agit du problème du « free rider »²⁶).

Les professionnels disposent normalement de pouvoirs suffisants, leur permettant de constituer des groupes de pression qui agissent auprès des instances officielles de prise de décisions, afin de promouvoir leurs intérêts. Les problèmes liés à l'emprise, par les acteurs privés, des administrations chargées justement de contrôler leurs activités, voire auprès des organes judiciaires, sont constatés tant dans les pays moins développés que dans les industrialisés²⁷.

Dans les milieux politiques des pays moins développés particulièrement, une idée est communément diffusée, selon laquelle la protection des consommateurs n'est pas compatible avec les réalités locales ; elle est dépourvue d'importance, dit-on, pour la majorité de la population plus pauvre²⁸.

Les faits révèlent, en effet, qu'en raison de questions culturelles, de traditions juridiques locales et de pratiques déloyales fortement incrustées dans le quotidien des professionnels, les mesures légales établies en faveur des consommateurs risquent de ne jamais être appliquées.²⁹

Toutes ces constatations nous emmènent à conclure que la création de mécanismes qui permettent aux consommateurs de s'organiser en vue de la concrétisation de leurs droits est essentielle pour garantir l'efficacité d'un système normatif de protection. Dans les pays moins développés – peut-être encore plus que l'établissement de droits généraux et abstraits – ces mécanismes doivent tenir compte des particularités y existant.

E – La répercussion sur la collectivité des effets résultant des rapports individuels de consommation

La massification des relations de consommation entraîne des effets qui répercutent sur l'ensemble de la société, mais qui ne sont pas immédiatement ressentis lorsque l'on considère les seuls rapports individuels de consommation.

Dans la perspective des contrats individuels, les risques de la transaction, nous l'avons vu, sont toujours reportés sur le consommateur, au profit des professionnels. Les préjudices éventuellement subis – par exemple, lors d'accidents causés par des produits dangereux – sont censés être supportés par le seul consommateur.

La sécurité et l'intégrité physique des personnes est, effectivement, une valeur protégée par l'ordre juridique, le devoir général de précaution doit être observé par tous les individus, sous peine d'application des normes tenant à la responsabilité civile, voire des sanctions pénales. Dans la société de consommation, cependant, la création de nouvelles technologies et la mise en circulation massive de produits, rendent la perception de cette obligation plus floue, dans une échelle collective de production. Les mesures prises en matière de responsabilité

²⁶ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 43.

²⁷ Pour la discussion dans les pays industrialisés, v. les analyses indiquées par Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 76.

²⁸ A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 66.

²⁹ *Idem.* p. 60. « Le manque de ressources (matérielles et humaines), des renforcements légaux inefficaces, des mécanismes administratifs et légaux inappropriés, la pression pour la mise en œuvre de politiques dans des domaines plus amples, ainsi que la corruption constituent les causes en raison desquelles la législation en Amérique Latine n'a pas toujours les mêmes conséquences pratiques que dans les pays développés. » *Idem.* p. 59. (libre traduction de l'original en anglais)

pour dommages causés par des produits dangereux, n'y sont envisagées que dans le cadre des seuls rapports individuels.

En réalité, ces « accidents de consommation » entraînent des coûts sociaux qui ne sont pas pris en compte lors du calcul du prix payable dans le cadre de la transaction individuellement considérée ; le paiement d'indemnités sociales pour maladie, soins de santé, invalidité, incapacité pour le travail, versement d'allocations de chômage etc. représentent des coûts supportés par toute la collectivité³⁰.

D'autre part, le développement de nouvelles technologies, l'installation d'industries et d'usines dans des régions écologiquement inappropriées, entraînent un besoin de réparation des dégâts créés par la pollution qu'elles produisent, le traitement des déchets toxiques, de l'atteinte à la couche d'ozone et de pluies acides etc. Ce ne sont pas moins d'effets négatifs sécrétés par la massification de la consommation et l'augmentation démesurée de la production. On affirme même que ce sont les mesures prises pour compenser les nuisances, pour pallier les vices du système, enfin, les « frais sociaux de régulation dysfonctionnelle interne », ceux qui jouent, dans la dynamique économique, le rôle le plus important³¹.

Les consommateurs ne disposent pas, individuellement, de moyens nécessaires à prévenir et à empêcher ces effets collectifs des rapports de consommation. Ils en disposent encore moins dans les contextes socioéconomiques des pays moins développés, où d'autres problèmes sociaux, tels le besoin d'habitation, de santé, de nourriture, de transport, d'éducation, ou de réduction du chômage font souvent appel à un modèle de « développement à n'importe quel prix », avec de graves dégâts – souvent irréparables – causés à l'environnement et au bien-être général des individus.

³⁰ Ces effets externes sont qualifiés par la théorie économique d'« externalités » ou « spillovers ». Cf. Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 77. Au Brésil il existe très peu d'analyses qui rendent compte des statistiques sur les accidents de consommation. Une enquête menée par l'Association Médicale Brésilienne – AMB conjointement avec des associations de consommateurs, auprès de trois hôpitaux de la région métropolitaine de São Paulo a abouti aux chiffres suivants : 73% des accidents enregistrés sont causés par des produits (relatifs à l'usage ou au manque d'information fournie par le fabricant) dont 44% des victimes sont des enfants ; 83% de ces accidents se passent dans l'environnement familial. Par contre, 27% des occurrences correspondent à des prestations des services, dont 43% sont relatives aux services de transport. Les données sont fournies sur le site Internet de l'Association Médicale Brésilienne http://www.amb.org.br/apresenta_PAC.ppt. En France Luc Bihl affirmait en 1992 que 20 milles personnes mouraient et 300 milles se blessaient chaque année, à cause des accidents de consommation, selon les données indiqués par le *Journal Officiel* (v. *Consommateur, Réveille-toi !*, Denoël, 1992, p. 48). Dans ce même pays, selon une estimative de 1984 faite par l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, le coût annuel supporté par la collectivité pour les actes médicaux résultant d'accidents de consommation s'élevait à 4 milliards de francs français, indépendamment des coûts liés aux aides publiques aux victimes. Cf. Th. Bougoignie, *op. cit.* p. 77. En Suisse, le Bureau de prévention des accidents – BPA a révélé qu'en 2002 le nombre d'accidents « non professionnels », y compris les domaines de circulation routière, sport, habitat et loisirs s'élevaient à 973 mille, dont 1960 ont résulté en décès des victimes. Les coûts sociaux en frais médicaux, frais de réinsertion, de remplacement ou de changement de poste, perte de production, coûts immatériels, dégâts matériels, frais judiciaires et de police et frais administratifs des assurances s'élevaient à 11,456 milliards de francs suisses, pour la même période. Les données peuvent être trouvées sur le site Internet du BPA http://www.bpa.ch/recherche/statistique/statistique_2004/

³¹ J. Baudrillard, *La société de consommation*, 1970, Éditions Denoël, p. 45-46 : « L'encombrement automobile a pour conséquence un déficit technique, psychologique, humain, colossal : qu'importe, puisque le suréquipement infrastructurel nécessaire, les dépenses supplémentaires en essence, les dépenses de soins aux accidentés, etc., tout cela sera quand même comptabilisé comme consommation, c'est-à-dire deviendra, sous le couvert du produit national brut et des statistiques, exposant de croissance et de richesse ! L'industrie florissante des eaux minérales sanctionne-t-elle un surcroît réel d'abondance, puisqu'elle ne fait largement que pallier la déficience de l'eau urbaine ? Etc. : on n'en finirait pas de recenser toutes les activités productives et consommatrices qui ne sont que palliatifs aux nuisances internes du système de la croissance. » À titre d'exemple : les médias ont enregistré, le 9.5.2008 à 19h30, un embouteillage record de véhicules automobiles à São Paulo, ayant atteint 276km d'extension !

Enfin, de telles raisons entraînent le besoin d'établir une protection des consommateurs, qui leur permette de combattre ces problèmes dans leur échelle collective, apportant des remèdes effectifs pour garantir le bien-être de tous les citoyens.

D'autres raisons, à caractère social, sont avancées qui justifient également l'établissement d'une protection juridique des consommateurs. Elles méritent d'être traitées séparément.

Section II. Les raisons d'ordre social qui justifient la protection juridique des consommateurs

Des raisons à caractère social existent aussi, qui entraînent la nécessité de protéger les consommateurs, dont l'origine est la concrétisation du principe démocratique d'égalité dans un État de droit. Dès lors, cette approche sociale devra être comprise dans un sens plus large du terme, regroupant aussi bien les raisons strictement sociales (A) que les raisons politiques (B) et celles qui ont trait à l'accès des consommateurs à la justice (C).

A – Les raisons à caractère strictement social qui entraînent le besoin de protéger les consommateurs

La consommation déploie des effets importants sur la structure sociale de chaque société. Consommer, dans les sociétés modernes d'abondance, signifie consommer toujours plus. Dans la société de consommation moderne, on assiste au phénomène de la multiplication des objets, des biens et des activités.

L'augmentation de la production et la conséquente hausse de la consommation – le schéma suit souvent cette orientation – devrait, en théorie, entraîner l'accroissement des postes de travail, ainsi que des revenus et, finalement, celui du bien-être général.

Toutefois, les mécanismes de la fonction de consommer ont de graves impacts sur la structure des classes sociales. « Le bien-être économique ne s'identifie guère au bien-être social, dont il est pourtant une composante sans aucun doute essentielle ; la poursuite de valeurs intangibles et collectives axées sur l'amélioration de la vie importe tout autant. »³²

Dans un État de droit, l'idéal démocratique doit animer les organismes étatiques à entamer des politiques, susceptibles d'atteindre un niveau légitime d'égalité sociale entre les citoyens et une juste distribution des richesses, qui leur permette d'accéder aux biens indispensables à la concrétisation du principe de la dignité humaine.

Le passage de nouveaux besoins au rang des droits fondamentaux (droit à l'habitation, droit à la santé, droit à la sécurité, droit à la culture, droit aux loisirs etc.) contraint l'État à réserver des recettes croissantes pour prendre des mesures d'infrastructure et d'investissement, dans le but de garantir l'exercice de ces droits et une équitable redistribution des richesses.

La défaillance de cette logique consiste toutefois dans le fait que le financement des consommations collectives croissantes se fait par le développement de la fiscalité et de la parafiscalité : c'est que, en définitive, ce sont les consommateurs qui payent les impôts indirects toujours répercutés dans les prix finaux des biens³³.

³² Th. Bourgoigne, *op. cit.* p. 80.

³³ En outre, certaines impositions ne prennent pas en compte le principe de proportionnalité : au Brésil, par exemple, à propos de l'ancienne « Contribution Provisoire sur les Virements et Transmissions de Valeurs, de Crédits et de Droits de Nature Financière » – la CPME, un consommateur qui ne percevait que le salaire minimum, payait le même montant en impôts lorsqu'il signait un chèque de R\$100 pour les achats du mois, que quelqu'un qui faisait un retrait de R\$100 en espèces sur son compte bancaire pour acheter une bouteille de champagne.

Il en résulte que l'augmentation des dépenses étatiques destinées à financer les consommations collectives croissantes se répercute plus fortement sur les classes les plus défavorisées de consommateurs. Le système finit par ne présenter guère de mécanisme d'ensemble de redistribution équitable des richesses, ni de réduction des inégalités: ce qui est mis à disposition de tous ne l'est qu'à un prix plus lourd pour ceux qui gagnent de moins.

Une étude sur les besoins de protéger juridiquement les consommateurs doit alors tenir compte des problèmes qui empêchent, d'une part, une jouissance équitable des biens et des ressources dans la société – non seulement en termes de richesses, mais également en termes d'information, de connaissance, de représentation et de promotion des droits respectifs des différents acteurs en interaction ; et, d'autre part, de ceux qui empêchent la réalisation de la démocratie, en aggravant les inégalités entre les classes sociales.

En effet, l'antagonisme entre professionnels et consommateurs qui caractérise les rapports de consommation ; la dépendance de ceux-ci vis-à-vis des professionnels, créée par l'utilisation de techniques de persuasion, modifiant leur comportement sur le marché ; enfin, l'effet de différenciation sociale entre les classes d'individus que cause cette manipulation, représentent autant de sources d'inégalité sociale dans une société de consommation³⁴.

L'existence de différentes catégories de consommateurs en fonction de leur pouvoir d'achat, « entraîne une destruction des modes divers de consommation traditionnelle et aboutit à la création d'un mode de consommation propre au capitalisme. Il y a formation d'une '*norme sociale de consommation ouvrière*'... »³⁵

Par exemple, pour qu'ils puissent accéder à des « biens d'équipement durable dont l'acquisition dépasse largement le pouvoir d'achat du salaire courant [tels que du logement et des automobiles] la formation de la norme sociale de consommation ouvrière suppose donc la mise en place d'une vaste socialisation du financement et corrélativement d'un contrôle très strict sur les ressources et les dépenses des travailleurs. Il importe en effet que le procès de consommation individuelle soit ordonné et stabilisé tout en étant compatible avec la relation individuelle et libre en apparence qu'est le rapport marchand. »³⁶

En outre, des pratiques de discrimination culturelle, raciale, ou sociale sont souvent à la base d'agissements subtiles d'organismes privés et publics, qui se traduiraient par la restriction d'opportunités offertes aux consommateurs plus pauvres, par leur exposition à des produits plus dangereux, ou par la difficulté d'accès à des services de haute qualité³⁷.

Ces éléments auront un impact d'autant plus négatif que le contexte socioéconomique envisagé est caractérisé par de profondes inégalités sociales, avec une concentration accrue des revenus, où la majorité de la population reste en marge du processus d'intégration sociale et une minorité jouit, presque en exclusivité, les bénéfices apportés par le progrès économique³⁸.

³⁴ « La consommation n'est pas autonomisée ; elle est le produit de mécanismes ségrégeant, disposant, selon la logique du capital et de sa reproduction, les individus dans des filières qui expriment bien une structure de consommation de classe, jouant un rôle actif dans la division sociale, qu'elle ne se contente pas de connoter ou d'exprimer. » M. Wieviorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, Paris, PUF, 1977, p. 24. *Apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 39.

³⁵ M. Aglietta, *Régulation et crises du capitalisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1976, p. 136. *Apud* G. Delvax et alii, *op. cit.* p. 12.

³⁶ *Idem ibidem*.

³⁷ I. Ramsay et T. Williams, *Inequality, Market Discrimination, and Credit Markets*, in *Consumer Law in the Global Economy*, 1997, p. 234.

³⁸ On classe souvent la population brésilienne, selon les niveaux des revenus, en cinq catégories (de A à E). L'indice *Gini*, utilisé

En ce sens, une politique d'aide aux consommateurs qui tient compte de tous ces éléments tend à se confondre avec une véritable réforme sociale, contribuant à la concrétisation du principe démocratique d'égalité entre les citoyens³⁹.

Remédier ainsi à ces problèmes correspond à l'institution de normes qui restituent l'équilibre dans les rapports entre professionnels et consommateurs, dans le but spécifique de promouvoir une distribution équitable des richesses, en même temps que l'atténuation des ségrégations sociales.

B – Les raisons d'ordre politique qui justifient la protection juridique des consommateurs

Il s'agit des difficultés rencontrées, eu égard aux modes de participation au pouvoir et au niveau d'implication des consommateurs, dans les rouages de la politique et des instances officielles de prise de décision.

Pour qu'un mouvement de soutien aux intérêts des consommateurs soit intégré efficacement aux processus de décision politique, il faut créer des moyens pour qu'ils soient entendus, considérant que l'hétérogénéité des membres du « consommariat » entrave souvent une articulation naturelle et la cohésion du groupe consommateur.⁴⁰

Dans les pays de longue tradition démocratique, l'ouverture de ces canaux d'expression auprès des pouvoirs publics a pu être faite par l'organisation progressive d'un mouvement de lutte des consommateurs.⁴¹ Par contre, dans les sociétés assommées par des régimes politiques de type dictatorial, les mouvements organisés de défense des consommateurs n'ont pas pu trouver de moyens d'expression et la politique de promotion de leurs intérêts a été souvent négligée. Cette absence forcée d'association et l'impossibilité qui en résulte, de développer de nouvelles formes d'organisation, de lutte et de protection de leurs intérêts, constituent autant de raisons de promouvoir une politique d'aide aux consommateurs, une fois restauré ou installé un système de participation démocratique des citoyens au pouvoir politique.

Le défi serait alors de veiller au maintien des canaux d'expression des consommateurs, ainsi que de consolider l'idée suivant laquelle leur protection doit constituer une politique permanente d'état, parmi d'autres dossiers publics, soit par la création d'organismes chargés des affaires de la consommation auprès du pouvoir exécutif, soit par l'affectation d'une

pour la classification du niveau de la concentration des richesses, avéré au Brésil était à 0,566, en 2001 (plus proche de 1, plus inégale est la répartition des richesses). En 1998 seulement la Sierra Leone et le Swaziland avaient des taux plus élevés que le Brésil au monde entier. Selon des données correspondant à l'année 2001, fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE, le revenu moyen du 1% plus riche de la population s'élevait à R\$ 6.636 (approx. 2.000 euros) par mois, tandis que celui des 40% plus pauvres était à R\$163 (approx. 50 euros) mensuels, ce qui fait que le 1% plus riche gagnait 40 fois de plus que les 40% plus pauvres. Une analyse comparative très intéressante de la réalité socioéconomique brésilienne a été décrite par C. Buarque, *O que é apartheid: o apartheid social no Brasil*, Brasiliense, 1994, où l'auteur affirme que le contexte d'inégalités sociales entre la partie riche et la partie pauvre du Brésil est structurellement identique à la conjoncture mondiale actuelle d'inégalité entre les pays développés et les non développés.

³⁹ « Il est vrai que le consumérisme en tant que mouvement organisé possède des liens étroits avec les classes moyennes dans les pays développés. Le défi majeur dans les pays non développés sera alors de promouvoir une protection des consommateurs, malgré la représentation mineure de leurs classes moyennes et le fait que la pauvreté constitue la règle, plutôt que l'exception. [...] Il est plus précisément dans ces pays que l'établissement d'une politique d'aide aux consommateurs est plus urgentement réclamé. » A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 55-56. (libre traduction de l'originel en anglais)

⁴⁰ *Supra*, p. 28.

⁴¹ Les mouvements organisés des consommateurs en Europe auraient commencé au début du siècle XX, par la formation de coopératives de travailleurs, évoluant jusqu'à la formation des associations structurées en défense des intérêts spécifiques des consommateurs. Cf. C. Gide et D. Bancel, *La lutte contre la cherté*, Presses Universitaires de France, Paris, 1926.

partie suffisante du budget fiscal destinée à l'établissement des administrations et à l'aide portée aux associations chargées de la défense des consommateurs.

C – Considérations relatives à l'accès des consommateurs à la justice

L'accès effectif des individus aux modes de règlement des litiges constitue une condition de réalisation du principe égalitaire dans chaque société. Il concerne tous les citoyens et non seulement les consommateurs.

Côté consommation, toutefois, ce besoin trouve une exigence plus accrue ; non seulement les litiges y relatifs représentent une grande partie des dossiers de justice, mais ils impliquent pour les consommateurs, presque toujours, des efforts dont les coûts sont disproportionnés par rapport aux enjeux du litige. Le modèle traditionnel d'accès au droit et de règlement des litiges, individualiste et procédural, est dénoncé comme n'offrant aux consommateurs qu'une protection illusoire et factice de leurs droits⁴².

Lorsqu'ils ont besoin d'assistance juridique, les consommateurs peuvent se heurter à des barrières économiques, politiques, psychologiques, ou culturelles, telles que: le manque d'éducation et d'information sur les questions juridiques, sur leurs droits et leurs obligations ; l'incompréhension et la perception du « monde juridique » comme un système hermétique, dont les acteurs, juges, avocats et officiers de justice, présentent un langage ludique et de difficile compréhension ; la lenteur de la justice dans la résolution des litiges ; l'absence de confiance accordée aux organismes investis du pouvoir judiciaire, dans leur tâche de rendre des décisions justes ; l'insuffisance et les défauts d'organisation des organismes offrant à la population des services d'assistance juridique; enfin, l'absence de modes efficaces de représentation juridictionnelle d'intérêts collectifs nouveaux, apparus dans l'ordre socio-économique contemporain.

Les frais de justice, impliquant presque toujours des dépenses disproportionnées par rapport aux enjeux en question ne représentent pas moins de raisons de démotivation des consommateurs, tandis que les professionnels disposent le plus souvent de moyens et d'expérience pour agir en justice.

Dans les pays moins développés en particulier, l'absence de normes de protection des consommateurs peut conduire à des situations de profond déséquilibre entre les parties en présence. Et même lorsque de telles normes existent, on perçoit une certaine résistance des organes du pouvoir judiciaire, hésitant à appliquer les nouvelles techniques juridiques de protection⁴³.

Enfin, l'absence d'un modèle social ou collectif d'accès à la justice, qui procure aux citoyens des moyens efficaces et réellement accessibles de faire valoir leurs droits, représente, au même titre que les raisons d'ordre économique, social et politique présentées ci-dessus, une nécessité de promotion d'aide juridique aux consommateurs.

⁴² Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 90.

⁴³ « Dans les pays présentant une stratification sociale accrue, le système judiciaire finit par être 'avalé', sans s'en rendre compte, par les plus puissants économiquement et politiquement. Cela ne signifie pas seulement que le système normatif, confronté à une majorité très mal représentée, devient l'apanage instrumental d'une minorité ; mais aussi, que des juges parviennent à interpréter le droit de façon à refléter les avis de ceux qui ont accès à la justice. Dans les modes traditionnels de règlement des litiges mis en œuvre dans les pays moins développés, les consommateurs n'arrivent à accéder à la justice que dans des cas exceptionnels. Et encore, c'est souvent dans la position désavantageuse de défendeurs. » V. A. H. Benjamin, *op. cit.*, p. 70. (libre traduction de l'originel en anglais)

On a pu, jusqu'ici, parler de rétablir l'équilibre entre consommateurs et professionnels. Certes, dans chaque système juridique il existe des normes de droit commun, destinées à la protection des intérêts individuels des parties. Or, si un déséquilibre est avéré malgré l'existence de ces normes, on y perçoit un indice du fait qu'elles sont insuffisantes à porter aux consommateurs une protection efficace de leurs intérêts. Cette défaillance fait alors appel au développement du droit de la consommation, avec ses particularismes et ses instruments spécifiques.

Chapitre II – La nécessité d'une protection spécifique des consommateurs

«Un peuple ne devient célèbre que quand sa législation commence à décliner.»

J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, 1762.

Faute d'avoir pu accompagner l'évolution de la société moderne, avec ses nouvelles techniques d'échanges marchands, le droit commun s'est révélé historiquement inadapté à pallier le déséquilibre avéré entre professionnels et consommateurs. (section I). D'où l'appel croissant, ressenti dans les sociétés capitalistes modernes, à l'institution de normes susceptibles de rétablir l'équilibre poursuivi. Comme résultat des luttes et des victoires des mouvements consommateurs, une nouvelle filière du droit privé s'est ainsi formée (section II).

Section I. Inadaptation du droit commun

A – Un bref parcours historique

Luc Bihl observe que depuis les Romains des normes existaient déjà qui protégeaient les acheteurs contre les tromperies des vendeurs. Au Moyen Âge, la doctrine de l'Église catholique réprimait les commerçants malhonnêtes et les règlements des corporations empêchaient la libre mise en circulation des produits. Des normes de police économique parfois sévères étaient fixées pour protéger les consommateurs⁴⁴.

Avec l'avènement de la Renaissance, le bouleversement de la pensée médiévale, les transformations dans les arts et dans les lettres, de profonds changements se sont avérés au sein de la société européenne occidentale ; l'homme a été mis en valeur en tant qu'individu, doté d'intelligence et de rationalité⁴⁵. La classe marchande, condamnée par l'Église quelques

⁴⁴ «À tout homme qui aura vendu du lait mouillé, sera mis un entonnoir dedans la gorge et ledit lait mouillé sera entonné jusqu'à temps qu'un médecin ou un barbier dise qu'il n'en peut sans danger avaler davantage... Tout homme qui aura vendu du beurre contenant navets, pierres ou autre chose, sera bien curieusement attaché à notre pilori, puis ledit beurre sera rudement posé sur sa tête et laissé tant que le soleil ne l'aura pas entièrement fondu. Pourront les chiens venir le lécher et le menu peuple l'outrager par telles épithètes diffamatoires qu'il lui plaira, sans offenser Dieu ni le roi.» Édit de Louis XI sur les fraudes, *apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 48.

⁴⁵ Des philosophes et des grammairiens tels que Diderot, Dumarsais, Voltaire, D'Alembert et plusieurs autres se sont efforcés de démontrer la « raison » comme atout essentiel de l'homme : « Dans toutes les choses dont nous avons une idée nette et distincte, la raison est le vrai juge compétent... et partout où nous avons une décision claire et évidente de la raison, nous ne pouvons être obligés d'y renoncer pour embrasser l'opinion contraire, sous prétexte que c'est en matière de foi. La raison de cela, c'est que nous sommes hommes avant que d'être chrétiens. » Diderot, article « Raison », *Encyclopédie des arts, des sciences et des métiers*, 1750-1766. « La raison est à l'égard du philosophe ce que la grâce est à l'égard du chrétien. La grâce détermine le chrétien à agir ; la raison détermine le philosophe... L'homme n'est point un monstre qui ne doit vivre que dans les abîmes de la mer ou dans le fond d'une forêt : les seules nécessités de la vie lui rendent le commerce des autres nécessaire ; et dans quelque état où il puisse se trouver, ses besoins et le bien-être l'engagent à vivre en société. Ainsi la raison exige de lui qu'il connaisse, qu'il étudie, et qu'il travaille à acquérir les qualités sociales... *Homo sum, humani a me nihil alienum puto* ». Dumarsais, article « Philosophie », *Encyclopédie*. L'adage latin signifie « Je suis homme et rien de ce qui est humain ne m'est étranger ».

siècles plus tôt, est désormais en ascension, ce que la Réforme et les idées de Calvin ont facilité. Elle se voit progressivement libre pour développer ses activités sur le marché⁴⁶.

Mais, malgré le progrès économique engendré par le système mercantiliste de production, ainsi que son influence sur la nouvelle forme d'organisation du pouvoir politique au XVII^e siècle, en France, la faim assommait 75% de la population, affirme l'auteur mentionné.

Dans ce contexte, la faim et un sentiment généralisé de mécontentement de la population pauvre devant les tromperies des commerçants, ont été à l'origine de constantes émeutes jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Ces perturbations de l'ordre public ont été davantage motivées par la diffusion des idées des philosophes des Lumières. La liberté⁴⁷ et l'égalité entre les hommes sont exaltées comme les principes fondamentaux de la nature humaine, devant servir l'idéal de luttes contre les injustices, les privilèges⁴⁸ et, surtout, contre l'inégalité devant la faim. C'est cet environnement d'euphorie populaire qui aurait débouché sur la Révolution de 1789⁴⁹.

La bourgeoisie, détenant déjà le pouvoir économique, a bien su profiter de l'euphorie populaire pour s'emparer du pouvoir politique. Les entraves aux échanges marchands, en partie abolis depuis quelques années avec Turgot⁵⁰, sont définitivement enlevées et la liberté du commerce a pu enfin régner.

Les transformations opérées au sein de la société devraient aussi être accompagnées d'une réforme juridique, qui consolide les nouvelles idées libérales. On assiste ainsi en 1804 à l'édiction du *Code Napoléon*, portant dans son essence la consécration des idéaux révolutionnaires, tels la liberté de contracter, l'autonomie de la volonté et l'égalité entre les parties au contrat.

B – Le Code Napoléon et les principes de liberté et d'autonomie de la volonté

Le Code civil français a réuni les idées libérales de l'avant Révolution. Sacrée et inviolable, la propriété était conçue comme un droit absolu. La fonction de l'État consistait à en garantir

⁴⁶ «Le commerce est en quelque façon, le but principal de divers arts, dont la plupart ne travaillent que par son moyen. D'où il s'ensuit qu'il y a quelque chose de plus exquis, en matière d'honnêteté et de profit que les arts mêmes. » Montchrestien, *Économie publique*, 1616, *apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 61.

⁴⁷ Diderot affirme dans sa *Lettre à la princesse Dashkoff*, 1771 : « chaque siècle a son esprit qui le caractérise. L'esprit du nôtre semble être celui de la liberté. La première attaque contre la superstition a été violente, sans mesure. Une fois que les hommes ont osé d'une manière quelconque donner l'assaut à la barrière de la religion, cette barrière, la plus formidable qui existe comme la plus respectée, il est impossible de s'arrêter. Dès qu'ils ont tourné les regards menaçants contre la majesté du ciel, ils ne manqueront pas, le moment d'après, de les diriger contre la souveraineté de la terre. Le câble qui tient et comprime l'humanité est formé de deux cordes : l'une ne peut céder sans que l'autre vienne à rompre. » M. et J. Charpentier, *Littérature : textes et documents*, Paris, Nathan, 1987.

⁴⁸ «Puissent tous les hommes se souvenir qu'ils sont frères ! Qu'ils aient en horreur la tyrannie exercée sur les âmes, comme ils ont en exécution le brigandage qui ravit par la force le fruit du travail et de l'industrie paisible ! » Voltaire, *Prière à Dieu*, *Traité sur la Tolérance*, XXIII, 1763.

⁴⁹ C'est l'opinion pionnière de George Rudé, sur les foules révolutionnaires : « Pour la masse des consommateurs la cherté et l'abondance, le double mot d'ordre des physiocrates, ne sont guères acceptables. Le blé, le pain doivent être offerts à un prix raisonnable qui est aussi le juste prix. ... Nul besoin d'invoquer une pathologie sociale (paranoïa collective). La rumeur ne se réduit pas à des éruptions secondaires. La hantise du complot a mobilisé les masses et a contribué à les sensibiliser au politique. ... Ce facteur plus que tout autre est la source du dynamisme de la révolution populaire » *Apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 99 et 110.

⁵⁰ Quesnay et Turgot (celui-ci Ministre des Finances sous Louis XVI) affirmaient : « C'est d'ailleurs un grand inconvénient que d'accoutumer le peuple à acheter le blé à trop bas prix ; il devient moins laborieux, il se nourrit de pain à moindre frais et devient paresseux et arrogant » ; et le second : « Que l'acheteur se défende lui-même, et n'aille pas à tous propos attendre l'intervention du gouvernement et compter sur elle. » *Apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 88.

le plein exercice. Le droit des obligations, basé essentiellement sur le droit des contrats, érigeait le consensualisme et l'autonomie de la volonté⁵¹ au rang de paradigmes juridiques de l'ère moderne, prédominants tout le long du XVIII^e siècle.

Dans la conception juridique moderne, l'homme est libre pour exprimer sa volonté ; il ne s'oblige que par sa propre volonté librement exprimée. La loi, elle-même, représente l'expression de la volonté des citoyens réunis en société⁵². Le consensualisme devient le principal instrument des échanges marchands et de la circulation des richesses dans la société. Le contrat porte ainsi, en soi, l'idée de justice, d'égalité entre les parties : « qui dit contractuel, dit juste », affirmait Fouillé.

L'idée de lésion, rejetée par le droit révolutionnaire, n'était admise dans le code que dans des cas très particuliers. La théorie des vices du consentement ne visait qu'à protéger la libre expression de la volonté individuelle. Les solutions proposées par la théorie des nullités concernent, le plus souvent, la résolution du contrat et le retours des parties à l'état initial⁵³. La loi n'existe, enfin, que pour conférer force aux contrats, et l'État pour garantir leur juste exécution.

Nonobstant, en France, le pays dont les idéaux de la Révolution bourgeoise ont influencé presque toutes les sociétés occidentales, malgré la proclamation du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, on a pu dénoncer les inégalités encore existant et le manque de protection des consommateurs pauvres, soit la majorité de la population : « en dépit du serment par lequel Napoléon jura le jour de son sacre de 'respecter et faire respecter l'égalité des droits', le droit napoléonien a développé le traitement inégalitaire ou différencié des individus »⁵⁴.

⁵¹ Des historiens du droit affirment que l'expression « autonomie de la volonté » n'existait pas dans le Code civil, et que la conception essentiellement volontariste qu'elle comporte n'était pas non plus connue des auteurs français. Il aurait été plutôt les juristes allemands (Eichhorn, 1823 et Savigny, 1849) avec la *Willenstheorie* les premiers à développer la notion, à l'égard de la problématique propre au droit international privé, de savoir si les parties pouvaient choisir la loi qui devrait régir leurs contrats. L'expression « autonomie de la volonté » (dont l'auteur serait A. Weiss, dans son *Traité élémentaire de droit international privé*, paru en 1886) aurait finalement été introduite en droit français par Foelix en 1843, mais on s'efforce quand même de dire qu'elle trouve ses origines, en France, à partir des études de Dumoulin sur la faculté laissée aux époux de choisir librement leur régime matrimonial (et partant de là, la notion aurait été vulgarisée dans les affaires du droit international privé, puis dans le droit des obligations en général). Cf. J. P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 793. J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris: Presses universitaires de France, 1996, p. 145, rappelle que l'expression était déjà utilisée par Kant, dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785) et dans la *Critique de la raison pratique* (1788), dont les idées ont formé la base d'études postérieures de Savigny. Cet auteur prétend qu'en France, par contre, la notion d'autonomie de la volonté n'a été développé qu'à la fin du XIX^e siècle, car jusque-là les juristes « non seulement ignorent totalement l'expression et la pensée kantienne, mais ils restent majoritairement convaincus que la loi civile est la principale source des obligations. »

⁵² « Il n'y a qu'une seule loi qui par sa nature exige un consentement unanime. C'est le pacte social: car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire ; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu... » Rousseau, *Du Contrat social*, 1762, IV, 2. « La volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun. » *Idem*, II, 1.

⁵³ Ce qui ne va pas généralement de pair avec les intérêts économiques des consommateurs.

⁵⁴ J. L. Halpérin, *op. cit.* p. 38. Selon Luc Bihl (*op. cit.*, p. 137), Chaumette, s'adressant à la Commune de Paris, disait: « Le pauvre a fait, comme le riche, et plus que le riche, la Révolution. Tout est changé autour du pauvre, lui seul est resté dans la même situation et il n'a gagné de la Révolution, que le droit de se plaindre de sa misère... La Révolution en donnant au riche la liberté, lui a donné immensément. Elle a aussi donné au pauvre la liberté, l'égalité. Mais pour vivre libre, il faut vivre, et s'il n'existe plus de proportion raisonnable entre le prix du travail du pauvre et le prix des denrées nécessaires à son existence, le pauvre ne peut vivre. » Même Robespierre, à propos des revendications des consommateurs plus pauvres, aurait affirmé: « Quand le peuple se lève, ne doit-il pas avoir un but digne de lui ?... De chétives marchandises doivent-elles l'occuper ?... Le Peuple doit se lever non pour recueillir le sucre, mais pour terrasser les brigands » *Idem*, p. 130.

Le XIX^e siècle a, en effet, assisté à de profondes transformations dans la vie quotidienne des citoyens en Europe. Le commerce international et l'apparition de produits importés d'Amérique ont procuré de nouveaux besoins aux consommateurs. La Révolution industrielle et la découverte de nouvelles technologies, l'installation des chemins de fer, les nouveaux moyens de transport, la production croissante, ce sont tous des facteurs ayant modifié le comportement des consommateurs.

Si la faim constituait alors un problème moindre, par rapport au siècle précédent, les tromperies pratiquées par les commerçants n'ont pas pour autant diminué. La publicité est entrée dans les médias, elle est devenue une nouvelle forme d'incitation à l'achat, un nouveau métier plutôt qu'un moyen d'information.

Le progrès de la chimie a permis la multiplication des denrées sur le marché ; les magasins à grande surface se sont multipliés, la production de cosmétiques et la mode ont fait de nouvelles cibles⁵⁵. La consommation de produits dérivés du tabac⁵⁶ et de l'alcool⁵⁷ a été de plus en plus stimulé par la publicité, et la production d'automobiles a créé le problème de constants accidents de la circulation.

Cependant, les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle demeuraient robustes dans la pensée juridique traditionnelle. Le contrat devenait, plus que jamais, un instrument de rationalité de la production, étant donné la massification des rapports individuels d'échanges marchands. L'État continuait à jouer un rôle passif, n'intervenant que pour garantir l'exécution des volontés contractuellement manifestées⁵⁸.

Les contradictions entre la pensée juridique traditionnelle et les transformations socioéconomiques ainsi avérées étaient évidentes. L'inégalité réelle entre les citoyens s'aggravait, ainsi que le déséquilibre dans les rapports entre consommateurs et professionnels.

⁵⁵ L. S. Mercier dénonçait les pièges des *marchandises de modes* à Paris depuis le XVIII^e siècle. « Rien n'égale la gravité d'une marchandise de modes combinant des poudres, et donnant à des gazes et des fleurs une valeur centuple. Les femmes ont un respect profond et senti pour les génies heureux qui varient les avantages de leur beauté et de leur figure. La dépense des modes excède aujourd'hui celle de la table et celle des équipages. L'infortuné mari ne peut jamais calculer à quel prix monteront ces fantaisies changeantes ; et il a besoin de ressources promptes pour parer à ces caprices inattendus... Les modes sont une branche de commerce très étendue. Il n'est que le génie fécond des Français, pour rajeunir d'une manière neuve les choses les plus communes. » *Tableau de Paris, 1781-1788*, chapitre CLXXIII.

⁵⁶ « Quoi que puisse dire Aristote et toute la philosophie, il n'est rien d'égal au tabac. C'est la passion des honnêtes gens et qui vit sans tabac n'est pas digne de vivre ; non seulement il réjouit et purge les cerveaux humains, mais encore il instruit les âmes à la vertu, et l'on apprend avec lui à devenir honnête homme. Ne voyez-vous pas bien, dès qu'on en prend, de quelle manière obligeante on en use avec tout le monde, et comme on est ravi d'en donner à droite et à gauche, partout où l'on se trouve ? On n'attend pas même qu'on en demande, et l'on court au devant du souhait des gens : tant il est vrai que le tabac inspire des sentiments d'honneur et de vertu à tous ceux qui en prennent », disait, avec son sens ironique, Jean-Baptiste Poquelin, le Molière (*Don Juan*, 1665).

⁵⁷ « Paris, dont la population s'élève au moins à sept cent mille âmes, consomme annuellement quatre cent cinquante mille muids de vin, non compris l'eau-de-vie, la bière et le cidre. Ainsi donc, que les vignes de la Bourgogne, de la Champagne, du Languedoc et du Roussillon soient ou non battues de la grêle, il n'importe : il faut que la mesure soit la même, et suivant le principe des laitières, on sait le secret d'en faire toujours assez pour tout le monde. Le plus indigne de tous les apprentissages est celui qui se fait chez le fabricant de vins : sa cave est une école pratique de friponneries et d'astuces de toutes les couleurs, c'est un laboratoire pour le moins redoutable que celui du charlatan. C'est là qu'un apprenti libertin se forme dans l'art de préparer et de distiller les poisons ; de composer avec des bois de Fernambouc, de Campêche, d'Inde ; avec les betteraves, les carottes, les navets et la litharge, une teinture que son maître lui fait mettre en bouteilles et cacheter sous les noms pompeux de Tonnerre, de Bourgogne, de Champagne, d'Alicante, de Madère et de Chypre. » L. S. Mercier, *Vins Frelatés*. In *Le Nouveau Paris*, 1791, chapitre CXXIX.

⁵⁸ « Toute loi, en soi, est un mal. » Beudant, *apud* Lévy et Castaldo, *op. cit.* p. 795.

Un mouvement de réaction s'est alors fait entendre, sur les champs politique et juridique, contre les excès du principe de l'autonomie de la volonté. Un nouveau courant s'est formé qui prônait la reconnaissance d'une fonction sociale de la propriété et de la socialisation des contrats. L'État est appelé à intervenir dans des domaines où la volonté d'une des parties était source de constants abus. On a assisté à une progressive décadence du principe de la liberté purement formelle.

C – Déclin de l'individualisme et du principe de l'autonomie de la volonté

Les facteurs ayant causé le déclin du principe de l'autonomie de la volonté ont été à la base d'un mouvement qui a marqué le passage progressif de l'État libéral à l'État social. Des théories à caractère social sont formulées, qui prônent l'équilibre entre les parties au contrat.

Saïlles observe la massification des contrats et développe la formulation juridique du phénomène, la théorie des contrats d'adhésion. Ses observations ont contribué à mettre en évidence l'imposition par le co-contractant plus puissant de ses propres et uniques conditions⁵⁹.

Josserand développe la théorie de l'abus du droit, partant du principe que chaque droit subjectif a une finalité juridique propre, et que tout exercice irrégulier d'un droit – échappant à sa finalité, ou avec une destination anti-sociale, ou finalement contraire aux principes juridiques qui le déterminent – demeure abusif⁶⁰.

Les idées de Ihering et d'autres juristes allemands, telles que l'*Erklärungstheorie* – selon laquelle pour interpréter un contrat il faudrait prendre en compte la volonté déclarée, plutôt que de se livrer à la recherche d'une volonté implicite, factice, attribuée aux parties – ont influencé plusieurs juristes de l'époque, dans le sens de la réalisation de la justice contractuelle. E. Gounot, L. Josserand, M. Waline, M. Rouhette, L. Duguit, G. Morin et H. Battifol sont indiqués comme des auteurs s'étant attaqués à la théorie de l'autonomie de la volonté.⁶¹

Les nouvelles technologies apparues dans les domaines du travail, des transports collectifs et d'automobiles, étaient à l'origine de constants accidents et de dommages personnels. Des théories ont été développées qui visaient à l'extension de la responsabilité des propriétaires, soit du fait de leurs employés, soit du fait des choses. Ces appels ont fini par faire écho auprès de la jurisprudence.

D – Le rôle de la jurisprudence

Quoique avec un mouvement pendulaire, d'adoption tantôt des doctrines traditionnelles, tantôt de celles sur la fonction sociale des contrats, la jurisprudence essayait de promouvoir une adaptation du droit commun aux contextes socio-économiques en évolution, en tenant compte de la faiblesse des consommateurs.

Par exemple, on a pu se féliciter de l'application de la théorie de la lésion, dans plusieurs domaines contractuels, à la recherche du contrôle du juste prix⁶². La théorie de la responsabilité objective et de la responsabilité pour risque créé ont aussi exercé une certaine influence sur les magistrats.

⁵⁹ *De la déclaration de volonté*, Paris : Cotillon, 1901.

⁶⁰ *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris : Dalloz, 1927 ; *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928.

⁶¹ J. F. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.* p. 797.

⁶² Surtout dans celui du contrat de mandat, avec la diminution des honoraires des professions libérales (médecins, avocats, architectes etc.)

Afin de protéger le consentement, la jurisprudence a développé une espèce d'obligation de renseignements, sur la base de l'article 1135 du Code civil français⁶³. Dans le même esprit, mais beaucoup plus tard, elle a fait intégrer les documents publicitaires dans le champ contractuel. La sanction du dol a été étendue au silence d'une partie (en général d'un professionnel) constitutif d'une *réticence dolosive* et, dans le même esprit, l'application du vice de violence, en cas de dépendance économique ou d'état de nécessité de l'une des parties. La notion d'erreur a pu être assimilée à la notion de lésion, l'erreur sur une qualité substantielle de la chose entraînant une erreur sur sa valeur.

L'article 1129⁶⁴ du même Code a aussi servi la jurisprudence, dans la protection des acheteurs contre la fixation arbitraire du prix de la chose par les vendeurs. La force obligatoire des contrats a, à son tour, subi une atteinte à caractère social de la part de la jurisprudence, qui a utilisé le principe de bonne foi⁶⁵ contre le vendeur ayant inséré des clauses préjudiciables aux intérêts de l'acheteur dans le contrat.

Finalement, l'idée d'obligations de résultat – à propos de la dichotomie existant entre celles-ci et les obligations de moyen – a été un instrument de la jurisprudence dans la protection des consommateurs, dans les domaines du transport des personnes, puis étendue aux jeux forains, aux restaurateurs et cafetiers ou aux téléskis, de même qu'aux laboratoires d'analyse médicale.

Tous ces courants ont représenté un mouvement de la jurisprudence, afin d'imprimer aux contrats un caractère social, et d'établir un équilibre réel entre les parties en présence.

Nonobstant ces quelques efforts, l'instabilité de l'orientation prise, les constants revirements de jurisprudence, la résistance opposée par les défenseurs de la traditionnelle autonomie de la volonté, n'ont été que des signes d'un même problème: le trouble causé au principe de la sécurité juridique que pourrait entraîner l'application, d'une même règle de droit, de façon différenciée, selon la condition des parties en présence.

E – Le dirigisme de l'État et les transformations du XX^e siècle

Les deux guerres mondiales, la situation de pénurie subie par la population pendant une longue période, un changement radical dans la pensée humaniste et sociale, ont constitué autant de facteurs qui ont amené la politique de l'État à un dirigisme accru. La notion « d'ordre économique de direction » gagne en force et le *welfare state* émerge comme le détenteur naturel du devoir de protection des parties défavorisées.

Dans l'Europe dévastée par la guerre, la menace d'inflation conduit à l'établissement des législations sur le contrôle des prix des produits et des services, et sur la fixation des salaires. La concurrence est aussi réglementée et les infractions à la législation économique sont réprimées (prix et ententes illicites, refus de vente, détention irrégulière de stocks etc.).

Vite, pourtant, une politique économique néo-libérale prend place, grâce à l'aide du Plan Marshall pour la reconstruction de l'Europe. Les échanges internationaux sont favorisés et la jeune Communauté européenne voit le jour. Le progrès scientifique et technologique

⁶³ Art. 1135: « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

⁶⁴ Art. 1129 du C.C. français: « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. »

⁶⁵ Art. 1134, III, du C. C. français: « [Les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi. »

avance rapidement et la production atteint des niveaux jamais auparavant vécus, en échelle mondiale. Les entreprises grandissent et les concentrations économiques s'intensifient. C'est l'avènement de la société de consommation, à partir des années 1960.

Le déséquilibre entre professionnels et consommateurs est flagrant, et le contrat devient instrument d'oppression des plus faibles par les plus puissants. Les exigences de la modernité aggravent l'obsolescence des instruments du droit commun dans le but de protéger les consommateurs.

L'obligation de renseignements due au vendeur, dans les rapports individuels du Code civil, ne suffit pas à apporter aux consommateurs une information positive, complète et simple sur les nouveaux produits. Les accidents pour manque d'information se multiplient.

La protection individuelle contre les vices du consentement par le droit commun échappe aux pièges de la publicité trompeuse – qui atteint d'ailleurs toute la collectivité – en face de l'exigence de la preuve de l'intention du vendeur.

La théorie traditionnelle des vices rédhibitoires, exigeant à la fois un certain niveau de gravité du vice et qu'il soit occulte, ne protège pas les consommateurs contre les petits défauts, de quantité ou de qualité, ni du manque de durabilité des produits. L'approche traditionnelle de la responsabilité – basée essentiellement sur la faute et encadrée rigoureusement dans des rapports individuels – en même temps qu'elle érige de difficiles barrières à la réparation des dommages causés aux consommateurs, elle ne les protège pas collectivement contre la mise en circulation des produits dangereux.

La justice, comme les autres marchandises du système du laissez-faire, ne pouvait être obtenue que par ceux qui détenaient les moyens de se la procurer. L'accès formel à la justice, non pas effectif – de même qu'une égalité formelle, non pas effective – était seul envisagé.

Lorsqu'on envisage la réalité actuelle du monde globalisé, force est de reconnaître que ces défaillances du système juridique traditionnel se révèlent beaucoup plus aiguës. Les sociologues indiquent une crise de la modernité⁶⁶, des juristes parlent de crise de la « post-modernité »⁶⁷:

Enfin, toutes ces constatations conduisent à conclure que le droit commun n'est plus adapté (l'a-t-il jamais été ?) à offrir aux consommateurs dans une société moderne une protection efficace de leurs intérêts. Il serait peut-être encore utile pour protéger les intérêts des contractants agissant en pied d'égalité. Mais pas quand un déséquilibre significatif est avéré dans les relations de consommation. Le rétablissement de l'équilibre visé exige donc l'adoption de règles impératives qui tiennent compte de la vulnérabilité du groupe consommateur, vis-à-vis des professionnels. L'ensemble juridique ainsi constitué fera l'objet du droit de la consommation, qui apparaît comme droit spécial de protection.

⁶⁶ A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris: Fayard, 1993. H. Lefebvre, *Critique de la vie quotidienne*, Paris: L'Arche, 1981.

⁶⁷ C. Marques, *op. cit.* p. 173 : « Nous vivons un temps de changement dans le style de vie ; de l'accumulation de biens matériels, nous passons à l'accumulation de biens immatériels ; des obligations de donner, aux obligations de faire ; du modèle d'obligations éphémères des contrats de vente, à un modèle de durée prolongée de la relation contractuelle ; de l'engagement personnel direct, à l'automatisation des contrats à distance, par les moyens électroniques ; des relations simplement privées, aux relations privées d'intérêt social ou public. » Idem, p. 160. (libre traduction de l'originel en portugais)

L'importance de cette protection spéciale d'ailleurs sera ressentie encore plus intensément dans les pays moins développés, considérant leurs faiblesses économiques et psychologiques accrues. Ici, les droits déjà consolidés dans les pays industrialisés sont souvent complètement ignorés⁶⁸. En effet, les systèmes juridiques formels et conservateurs des pays de l'Amérique Latine reflètent encore généralement les principes et les doctrines de sociétés fondés sur une économie à base agricole.

La consolidation du droit de la consommation doit alors tenir compte des particularités de chaque société, notamment: en définissant l'étendue de la régulation économique ; en adaptant, à l'aide de la méthode du droit comparé, les instruments ayant connu un succès dans certains pays, à d'autres contextes économiques, moins sophistiqués ou moins homogènes ; enfin, en choisissant les modèles formels de protection juridique spécifique.

Encore faut-il répondre à la question de savoir « Qui est le destinataire de ces mesures spéciales ? » ; « Le droit de la consommation, existe-t-il pour quel ou quels consommateurs ? » La réponse à ces questions concerne la définition juridique du consommateur, dans le cadre des particularismes et des spécificités du droit de la consommation.

Section II. Les particularismes du droit de la consommation

Il s'agit de l'établissement de normes d'ordre public et d'intérêt social, qui prévoient des mesures impératives en vue de protéger le sujet privilégié dans les rapports de consommation. La compréhension de la logique du droit de la consommation fait appel à l'identification du destinataire des ces normes spéciales (A), préalablement à la vérification des principes et des spécificités de cette nouvelle branche du droit privé (B).

A – Les définitions juridiques du consommateur

Différentes théories juridiques ont été formulées à propos de la notion de *consommateur* (a); elles ont exercé une influence plus ou moins grande sur le législateur, dans chaque système juridique faisant l'objet de cette étude (b).

a) Les théories autour de la notion de consommateur

Nous avons remarqué lors de l'analyse socio-économique du phénomène de la consommation, que les deux théories économiques aboutissant à une définition du consommateur donnent lieu, chacune, à la naissance de définitions juridiques distinctes.

Deux courants juridiques se sont ainsi formés : l'un, nommé *maximaliste* (1), a accueilli la théorie économique du consommateur individuel ; l'autre, suivant la théorie subjective de la norme sociale de la consommation, est désigné comme *finaliste* (2).

1. Courant maximaliste

La théorie maximaliste⁶⁹ est aussi appelée théorie objective⁷⁰ du consommateur.

Suivant la notion technique de destination finale (purement factuelle) des biens, le courant objectif prétend étendre la définition légale de consommateur à toute personne qui accomplit l'acte technique de consommer, c'est-à-dire de retirer un bien circulant au sein du système économique.

⁶⁸ «Fondamentalement, tous les consommateurs des pays non développés sont des consommateurs défavorisés.» H. B. Thorelli et G. D. Sentell, *apud* A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 64.

⁶⁹ C. Marques, *op. cit.* p. 255.

⁷⁰ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 45

Sans tenir compte de la personne qui consomme, ni du but poursuivi par celle-ci, le courant maximaliste a pour conséquence « d'inclure dans le champ des préoccupations du droit de la consommation les professionnels, industriels, commerçants ou prestataires de services qui acquièrent, pour les besoins de leurs entreprises, des biens d'équipement, voire même d'investissement. »⁷¹

Ainsi, seraient consommateurs, par exemple, le fabricant de serviettes de bain qui achète du coton pour le transformer ; le fabricant de cellulose qui achète des voitures pour le transport de ses visiteurs ; l'avocat qui achète une machine à écrire pour son bureau ; voire même l'État, lorsqu'il acquiert des stylos pour l'usage dans des administrations publiques ; et, bien sûr, la ménagère qui acquiert des denrées alimentaires pour les besoins de sa famille.⁷²

Cependant, comme nous avons remarqué au départ de cette étude, le mot « équilibre » joue un rôle fondamental dans les propos du droit de la consommation. Il en résulte que le critère fondé sur l'acte de consommer, à cause de sa généralité, rend l'intérêt du consommateur plus diffus qu'il n'est déjà. « Il limite considérablement la portée et les objectifs de la politique visant à promouvoir les intérêts des consommateurs au sein du système économique, enlève tout impact véritable aux normes prises en vue de compenser le processus de socialisation de la consommation. »⁷³

En étendant son champ d'application aux rapports entre commerçants, ou entre ceux-ci et des non professionnels, voire les rapports entre particuliers, l'ensemble juridique nommé droit de la consommation se transformerait en un nouveau règlement général des échanges économiques. Cependant, prétendre que le droit de la consommation ait pour vocation de s'emparer du domaine propre au droit commercial, au droit civil, ou au droit privé de façon généralisée, nous paraît excessif.

C'est ignorer la spécificité des relations entretenues par les consommateurs avec les producteurs/distributeurs, dans le cadre de la chaîne ou du processus économique de production : « Seule une appréhension subjective du phénomène de la consommation centrée sur la personne du consommateur et sur les conditions dans lesquelles celle-ci remplit son rôle au sein du cycle production – distribution – échange – consommation, permet de déceler les oppositions qui traversent le champ de la consommation, d'identifier les faiblesses et les besoins du groupe socio-économique 'consommateur' au sein de ce cycle et de parvenir ainsi à une définition plus exacte des remèdes que le droit est susceptible d'apporter à la situation du consommateur. »⁷⁴

2. Courant finaliste

Se servant des contributions apportées par les partisans de théorie de la norme sociale de la consommation, les juristes ont formulé une théorie qualifiée comme *subjective*⁷⁵ ou *finaliste*⁷⁶ du consommateur.

⁷¹ *Idem*, p. 46.

⁷² Les exemples sont fournis par C. Marques, *op. cit.* p. 255.

⁷³ Th. Bourgoignie, p. 47.

⁷⁴ *Idem ibidem*. L'auteur poursuit : « Dès lors que la réalité des rapports unissant producteurs et consommateurs au sein du système économique de type capitaliste révèle une situation de profond déséquilibre, voire d'exploitation du groupe 'consommateur' par l'autre, la définition du champ d'analyse du phénomène de la consommation ne peut taire ces différences et ces antagonismes. »

⁷⁵ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 48.

⁷⁶ C. Marques, *op. cit.* p. 253.

Elle met l'accent sur deux points essentiels, négligés par la première: d'une part, la personne amenée à consommer (critère personnel) ; d'autre part, la finalité de l'acte de consommer (critère fonctionnel) lors des transactions conclues avec le professionnel, considéré le pôle plus puissant de la relation.

L'acte de consommer est ainsi envisagé en tenant compte du rôle du consommateur, comme le dernier stade du processus économique. À la notion de destination finale s'ajoute alors celle d'un usage privé, non professionnel. La condition de vulnérabilité du consommateur et le déséquilibre inhérent à la relation sont aussi des caractères implicites de la définition.

Serait donc consommateur « toute personne qui acquiert ou utilise un bien ou un service comme destinataire final, pour un usage privé »⁷⁷.

Avant de passer à l'analyse du droit positif, il faut encore préciser la portée des éléments de cette notion: d'abord, la matérialisation de l'acte de consommer (i) ; ensuite, le but poursuivi dans l'accomplissement de l'acte (ii).

i) Selon l'énonciation décrite ci-dessus, serait consommateur celui qui acquiert ou qui utilise un bien ou un service⁷⁸. Acquérir et utiliser sont deux activités qui traduisent l'acte technique de consommer, mais elles ne recouvrent pas pour autant la totalité des agissements possibles. Ainsi, la définition juridique de l'acte en question se doit d'être aussi large que possible.

Pour remédier à ce besoin de généralité, la doctrine suggère les actes d'acquérir, de posséder ou d'utiliser un bien⁷⁹. Cela permettrait d'étendre le champ d'application du droit de la consommation à toute personne qui agit, en achevant le processus économique d'un bien ; c'est-à-dire, non seulement à ceux qui s'engagent dans des contrats, mais aussi à ceux qui parviennent à posséder et à utiliser des biens, soit par le biais d'un rapport de consommation⁸⁰.

ii) Le deuxième aspect de la notion porte sur la destination finale, ou l'usage privé donné à un bien ou un service. C'est, en vérité, l'élément fondamental de cette théorie, parce qu'il détermine la spécificité des relations de consommation et distingue un consommateur d'un producteur, d'un distributeur ou d'un prestataire de services.

⁷⁷ « Acheter sa nourriture, se faire soigner, acheter un appareil domestique ou une voiture, souscrire une assurance, voyager, prendre un appartement en location, faire construire son logement, emprunter les sommes nécessaires pour ces dépenses, voilà quelques exemples d'actes de consommation, et l'on pourrait en citer bien d'autres. » J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 9.

⁷⁸ La prestation d'un service étant un bien susceptible de traduction monétaire, l'expression "bien" sera utilisée tant pour un service que pour un produit.

⁷⁹ V. Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 48-50: « L'utilisateur d'un bien ou d'un service qu'il a acquis est certes consommateur mais le sont aussi (i) l'utilisateur d'un bien ou d'un service qui ne l'a pas acquis personnellement (membre de la famille, ami, proche ou voisin, passager), (ii) l'acquéreur d'un bien ou d'un service qui n'entend pas l'utiliser personnellement (achat en vue d'une donation, commande d'une œuvre pour autrui) ainsi que (iii) la personne qui entre en possession d'un bien ou d'un service en dehors de tout lien contractuel, qu'elle l'utilise ou non.

⁸⁰ Th. Bourgoignie (*op. cit.* p. 50) attribue à la doctrine française la négligence de cet aspect de la notion de consommateur, parce qu'elle met, dit-il, principalement l'accent sur la notion d'acquéreur, ce qui ne comprend qu'un rapport contractuel. On trouve dans l'édition de 2003 de l'ouvrage de Calais-Auloy (*Droit de la consommation*, p. 7) la définition suivante: « Le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel. [...] Un bien acheté par une personne peut, par exemple, être utilisé par les membres de la famille, qui sont des tiers au contrat de vente. Ces tiers utilisateurs sont eux aussi des consommateurs, bien qu'ils soient un peu en marge d'un droit encore enchaîné à la notion de contrat ». L'auteur remarque que la définition reprend celle qui avait été proposée par la commission de refonte du droit de la consommation en 1990.

La destination finale doit être une destination économique, appréciée d'après une interprétation téléologique de la norme de protection, et non la destination simplement factuelle⁸¹ donné à un bien, ou le simple acte de le retirer de circulation au sein du système économique.

Pour le courant finaliste, cette interprétation « réduit la figure du consommateur à celui qui acquiert (utilise) un produit pour son usage personnel et de sa famille ; consommateur serait le non professionnel, car la finalité [de la norme] est de protéger de façon spéciale un groupe de la société considéré plus vulnérable. »⁸²

L'usage doit être privé, non professionnel, n'ayant pas le lucre pour finalité⁸³. Cherchant à mieux saisir la finalité privée de l'acte, des auteurs suggèrent une définition selon un critère négatif : « Pour rendre compte de cette réalité, on préférera au critère de l'usage privé ou non-professionnel celui, certes plus diffus, de la non-continuation, dans le chef de la personne qui acquiert, entre en possession ou utilise un bien ou un service, de toute production, transformation ou distribution relativement au même bien ou de toute prestation relativement au même service, dans le cadre de l'objet de son activité commerciale ou professionnelle. »⁸⁴

Il faut remarquer, cependant, que ce critère n'empêche pas qu'un commerçant réclame la condition de consommateur, quand il entend agir dans un but personnel ou privé. Mais on peut encore se poser la question de savoir si seuls les professionnels agissant dans un but privé mériteraient la protection (alors même qu'ils agiraient dans leur sphère de compétence ?), ou s'il suffirait qu'ils contractent en dehors de leur propre spécialité professionnelle.

En effet, après les premières conquêtes du mouvement consumériste, des professionnels, eux-mêmes, commencèrent à réclamer la protection des normes spéciales, dans les contrats où ils se trouvaient liés avec d'autres professionnels – comme d'ailleurs l'entendait le courant maximaliste décrit ci-dessus.

On a pu observer alors dans la jurisprudence de certains pays⁸⁵ une évolution, d'une conception plus restreinte à une interprétation plus extensive, afin de permettre aux petits commerçants, artisans et professionnels libéraux de se prévaloir des dispositions protectrices, dans les contrats où ils se trouvaient en position de faiblesse, de vulnérabilité par rapport à leurs co-contractants professionnels, plus puissants.

La doctrine s'est révélée partagée, certains auteurs refusant la protection aux personnes agissant dans un but professionnel⁸⁶, d'autres accordant la condition de consommateur aux professionnels agissant en dehors de leur spécialité professionnelle, voire même l'extension des règles protectrices à tous les contractants « économiquement faibles »⁸⁷.

⁸¹ C. Marques, *op. cit.* p. 254.

⁸² *Idem ibidem* (traduction du portugais)

⁸³ La question du but non lucratif est controversée, quand il s'agit par exemple de l'allocation d'argent en bourse. Cláudia Marques l'exclut – tandis qu'elle l'admet pour le placement d'argent en caisse d'épargne populaire (*op. cit.* p. 332), de même que N. Nery (*Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista de direito do consumidor, n. 3, 1992); Calais-Auloy admet l'extension de la protection aux épargnants, mais il souligne le besoin de ne pas les assimiler aux consommateurs (*op. cit.* p. 14) ; Thierry Bourgoignie l'accepte ouvertement, sous réserve du caractère non habituel ou non spéculatif de l'acte (*op. cit.* p. 51). La directive 2000/31 du 8 juin 2000 des Communautés européennes sur le commerce électronique inclut dans son article 3^e, alinéa 4^e, lettre a, tirée i « la protection des consommateurs, y compris des investisseurs. » JOCE L 178, 17 juill. 2000, p. 1

⁸⁴ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 53.

⁸⁵ C'était les cas de la France et du Brésil, nous le verrons lors de l'analyse des définitions légales, plus loin.

⁸⁶ C'est la position de Calais-Auloy et de G. Paisant, en France; de Cláudia Marques, au Brésil; de B. Dutoit, en Suisse.

⁸⁷ J. P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il?*, D. 1997. chron. 260.

La justification, pour ceux qui accordent la protection aux professionnels, c'est souvent que « la situation du petit commerçant amené à faire des acquisitions ou à souscrire des contrats d'entreprise pour les besoins de son activité professionnelle mais relativement à des objets ou des matières qui sortent de sa spécialité est effectivement très voisine de celle du consommateur qui contracte à des fins privées. Elle rejoint, aux yeux de la théorie économique, la sphère de la consommation: le professionnel en question constitue le dernier maillon du cycle de la vie économique du bien et du service concerné et se trouve, étant donné à la fois son manque de spécialisation et l'absence de pouvoir réel de négociation liée à la faible dimension de son entreprise, dans les mêmes conditions de déséquilibre et de soumission aux modes de production. »⁸⁸

La critique de cette concession réside dans ce qu'un tel élargissement du champ d'application du droit de la consommation entraînerait, d'une part, le risque du manque de sécurité juridique pour les parties contractantes, lesquelles, dès lors, ne sauraient plus exactement quel droit s'appliquerait à leurs relations⁸⁹; et d'autre part, le risque d'imprécision des limites de cette nouvelle branche du droit privé⁹⁰.

Il est alors intéressant de constater les définitions légales de consommateur, adoptées dans certains systèmes juridiques.

b) Définitions légales du consommateur en Europe et au Brésil

Au vieux continent, feront l'objet de notre attention spécialement le droit communautaire européen (1), le droit français (2) et le droit suisse (3). Ensuite, c'est le droit brésilien (4) qui nous intéressera.

1) Le consommateur au sein de la Communauté Européenne

La Communauté européenne comprend un espace économique liant ses pays membres par un marché commun. Les politiques prises au sein de la Communauté européenne visent, en même temps, à la réalisation du marché intérieur et à la promotion des intérêts des consommateurs.

Au sein des pays membres de la Communauté, peu connaissent une législation cadre en droit de la consommation, et il n'existe guère de définitions précises de consommateur. La plupart d'entre eux optent pour une approche sectorielle, préférant édicter des lois spécifiques concernant des domaines précis de l'activité économique.

Cette approche a été suivie aussi dans le cadre du droit communautaire. À travers les instruments juridiques définis dans les articles 95 et 153 du Traité instituant, soit des règlements et des directives, sont formulées les normes destinées à promouvoir les intérêts des consommateurs.

⁸⁸ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 52-53. L'auteur explique qu'en 1979 il avait critiqué l'inclusion des personnes morales dans la définition de consommateur de l'avant projet de réforme de la loi belge sur les pratiques du commerce, et il justifie que: « l'approche plus complète réalisée à l'occasion du présent ouvrage nous amène à revenir sur notre position ». Dans le même sens, au Brésil, A. H. Benjamin, *apud* C. Marques, *op. cit.* p. 254. Calais-Auloy par contre affirme que « la personne qui agit pour les besoins de sa profession ne devrait jamais être considérée comme un consommateur », quoiqu'il admet cette qualité pour les personnes morales de droit privé ayant une activité non-professionnelle, telles les associations sans but lucratif. *Op. Cit.* p. 8.

⁸⁹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 12.

⁹⁰ « Si tous sont considérés des consommateurs, on ne traitera plus aucun différemment, et le droit spécial de protection serait, dès lors, un droit commun, qui ne sert plus à rééquilibrer et à protéger le non-semblable. Tout de plus, il serait un droit commun, même pas civil, mais commercial, national et international, ce qui ne nous paraît pas justifié. » Cf. C. Marques, *op. cit.* p. 278-279. (Libre traduction de l'originel en portugais)

La Résolution n° 543, adoptée par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe le 17 mai 1973, contenant une Charte de Protection du consommateur, définissait déjà celui-ci comme « une personne physique ou morale à laquelle des biens sont vendus et des services fournis pour un usage privé. »⁹¹

Il n'y a pas de définition unique, cependant. Différentes notions sont fournies dans le cadre de chaque directive, règlement ou convention régissant un domaine juridique spécifique de l'ordre communautaire. Souvent il s'agit d'une approche plutôt négative, définissant le champ d'application de la norme par allusion à la notion, subjective, du but non professionnel de l'acte de consommation.

C'est ainsi que la Convention de Rome de 1980, concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, statue dans son article 5, alinéa 1^{er}, que ses dispositions s'appliquent « aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle... ».

La même formule a été utilisée pour définir le champ d'application du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dans son article 15, alinéa 1^{er}.

En ce qui concerne les directives, celles qui essaient de fournir une conception plus précise caractérisent le consommateur comme une personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. C'est le cas des directives sur les clauses abusives⁹², sur la protection en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs⁹³, de la proposition de directive concernant les pratiques commerciales déloyales⁹⁴, de la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁹⁵, de celle sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs⁹⁶, sur le commerce électronique⁹⁷, de celle sur le crédit à la consommation⁹⁸ et de la directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁹⁹.

Même cette formule plus précise du consommateur, vu qu'elle repose sur une conception négative du but de l'acte de consommation, pourrait permettre à un professionnel de réclamer les bénéfices des directives consuméristes dès lors qu'il entendrait agir dans un but privé, personnel ou familial¹⁰⁰.

⁹¹ La référence est donnée par Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 29.

⁹² Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, article 2, alinéa b.

⁹³ Directive 98/6/CE du 16 février 1998, article 2, alinéa e.

⁹⁴ Proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE. COM (2003) 356 final. La proposition de directive définit non seulement le consommateur selon la même formule décrite ci-dessus, mais aussi le *consommateur moyen*: « tout consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », article 2, alinéas a et b.

⁹⁵ Dir. 97/7/CE du 20 mai 1997, article 2, al. 2.

⁹⁶ Dir. 2002/65/CE du 23 septembre 2002, article 2, al. 2.

⁹⁷ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, article 2, al. e.

⁹⁸ Dir. 87/102/CE du 22 décembre 1986, article 1, al. 2, lit. a.

⁹⁹ Dir. 1999/45/CE du 25 mai 1999, article 1, al. 2, lit. a.

¹⁰⁰ La proposition modifiée de Règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur COM(2002) 585 final, dans son article 2, alinéa d, qui inclut expressément les entreprises, les organisations et les personnes dans la définition de *client*.

La tâche d'uniformiser les diverses définitions de consommateur incomberait, finalement, à la Cour de Justice de la Communauté Européenne. Elle a ainsi décidé que le consommateur est « une personne physique, agissant dans un but considéré comme étranger à son activité professionnelle. »¹⁰¹

Mais les magistrats communautaires se sont montrés exigeants par rapport au comportement attendu du consommateur. La notion de « consommateur moyen » est alors celle d'une personne normalement informée, raisonnablement attentive et avisée¹⁰².

On ne manquera pas de noter, cependant, l'avertissement de la doctrine¹⁰³ qui reconnaît, dans la résolution du Conseil du 14 avril 1975, l'importance d'une notion qui tienne compte des conditions économiques et sociales qui caractérisent l'exercice de la fonction de consommer, lorsqu'il est affirmé que : « Désormais, le consommateur n'est pas considéré seulement comme un acheteur et un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur. »

2) Définition de consommateur en France

En France, la problématique de la définition de consommateur implique des approches diverses, faute d'une définition légale précise. Le législateur français a refusé le projet d'un code de la consommation, élaboré par la commission de refonte du droit de la consommation en 1990, où figurait une définition plus précise¹⁰⁴. L'adoption d'un *code à droit constant*, rassemblant les lois protectrices en vigueur, a été préférée. En conséquence, la protection du consommateur s'accomplit par des approches sectorielles, chacune concernant une activité économique spécifique.

Le code de la consommation approuvé en 1993, quoiqu'il présente une compilation des lois consuméristes facilitant le travail des opérateurs du droit, a cependant gardé les imprécisions et contradictions de diverses lois¹⁰⁵.

Par conséquent, il manque encore de réponses uniformes de la part de la jurisprudence et de la doctrine à ces polémiques questions : « Faut-il accorder la protection aux seules personnes physiques, ou aussi aux personnes morales ? » « Le droit de la consommation s'appliquerait-il seulement aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, ou aussi aux contrats entre deux professionnels ? »

¹⁰¹ Arrêts CJCE 14.03.1991 Di Pinto, aff. C-361/89, Rec. 1991, I, p. 1206 ; CJCE 22.11.2001 Cape c. Idealservices, aff. Jointes C-541/99, C-542/99, Rec. 2001, I, p. 9049 ; CJCE 7.7.1997 Benincasa c. Dentalkit, aff. C-269/95, Rec. 1997, I, p. 379.

¹⁰² Ainsi, si elle a pu reconnaître que la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales relèvent de l'intérêt public (art. 28 et 30 du Traité) et peuvent justifier une dérogation au principe de la libre circulation des biens et des services (CJCE Cassis de Dijon, aff. 120/78, Rewe-Zentral, Rec. 1979, p. 2187), elle n'a pas moins déclaré que le consommateur est un agent en interaction avec ses partenaires économiques au sein du marché intérieur, et qu'il faut le protéger seulement jusqu'au point de garantir le fonctionnement d'un marché concurrentiel (Arrêts CJCE 6.7.1995, Mars, aff. C-470/93, Rec. 1995, I, p. 1936 ; CJCE 16.7.1998, Gut Springheide, aff. C-210/96, Rec. 1998, I, p. 4657 ; CJCE 28.1.1999, Kessler c. Riesling, Rec. 1999, I, p. 513 ; CJCE 12.1.2000, Estee Lauder Cosmetics, aff. C-220/98, Rec. 2000, I, p. 119 ; CJCE 22.6.1999, Lloyd Schuchlebrh Meyer, Rec. 1999, I, p. 3819 ; CJCE 11.7.2002, Gabriel, Rec. 2002, I, p. 6367). Dans l'arrêt Buet, la Cour avait admis que le consommateur peut nécessiter une protection accrue (CJCE, 16 mai 1989, Rec. 1989, p. 1235).

¹⁰³ T. Bourgoignie, *op. cit.* p. 30.

¹⁰⁴ « Le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel. » *Apud* J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ Il étonnerait au juriste étranger ignorant le système français, par exemple, le fait que parmi les premières règles du Code figure celle qui se réfère spécifiquement à la quantité obligatoire de cacao dans la composition des chocolats...

En effet, l'absence de définition précise a permis justement d'accorder la protection tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, voire aux professionnels, selon le but de chaque loi spécifique.

Par exemple, tandis que la loi sur le traitement du surendettement exclut les personnes morales de son champ d'application¹⁰⁶, la loi sur le crédit à la consommation¹⁰⁷ les protège clairement (sauf celles de droit public). La loi sur les clauses abusives¹⁰⁸ est vouée à la protection des « non-professionnels ou consommateurs », ce qui permet son application aux personnes morales.

La loi sur le démarchage à domicile¹⁰⁹, à son tour, fait allusion aux « domiciles des personnes physiques ». Mais puisqu'elle contient une conception plutôt négative de la définition – qui exclut de son champ d'application les transactions ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acheteur¹¹⁰ – on a pu l'appliquer à des professionnels, sous prétexte que seul un rapport indirect existait entre les contrats respectifs et l'exercice de leurs professions.

Les divergences entre les définitions légales ont été, par ailleurs, doublées d'une ambiguïté jurisprudentielle, la Cour de Cassation n'ayant pas toujours poursuivi son rôle uniformisateur de façon régulière, surtout à propos de contrats conclus entre deux professionnels.

Parfois elle a décidé d'étendre à ceux-ci la protection des lois sur le démarchage à domicile¹¹¹ et sur les clauses abusives¹¹², sous la justification que « celui qui contracte en dehors de sa spécialité professionnelle agit dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur. » Cette conception était néanmoins trop large, car elle conférerait le trait consumériste à toute transaction mise en œuvre entre un contractant compétent et un co-contractant ignorant, plutôt qu'entre un professionnel et un consommateur, sans mot dire quant à l'éventuel but professionnel de l'acte d'acquisition.

D'autres fois, la Cour a refusé d'accorder la protection légale à des professionnels contractant « pour les besoins de leurs professions »¹¹³, et même à ceux qui, s'étant engagés dans un but non-professionnel, détenaient pourtant les compétences professionnelles inhérentes aux biens faisant l'objet de leurs contrats¹¹⁴.

En 1992 la Cour a rendu un arrêt qui semblait tendre à l'unification des diverses définitions légales. À propos d'un litige concernant un contrat conclu par démarchage à domicile, elle a appliqué le critère de l'incompétence de l'acquéreur du bien (mentionné

¹⁰⁶ Article L-331-2 et suivants du code de la consommation.

¹⁰⁷ Article L-311-3 et L-312-3 du code de la consommation.

¹⁰⁸ Article L-132-1 et ss.

¹⁰⁹ Article L-121-21 à 121-33 du code.

¹¹⁰ Article L-121-22, alinéa 4.

¹¹¹ Contrat conclu entre un agriculteur et une entreprise d'expertise de sinistres. Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1982.

¹¹² Contrat conclu entre une agence immobilière et un fournisseur de matériel d'alarmes et de sécurité. Cass. Civ. 1^{re}, 28 avril 1987.

¹¹³ Contrat conclu par un agent d'assurances pour la publicité de son cabinet. (Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1986). La Cour a aussi décidé dans trois arrêts du 31 mars 1992 d'exclure de l'application de la loi sur le surendettement ceux qui possédaient des dettes « nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle ». Bull. civ. I, n. 107 ; JCP 92, éd. G, IV, 1670.

¹¹⁴ Contrat financier conclu par un pharmacien, faisant des placements d'argent. (Folco c. Crédit Lyonnais : JCP 93, éd. G, IV, 173).

auparavant, dans un arrêt de 1987, à propos de la loi sur les clauses abusives), sous réserve du but non-professionnel de l'acte, (condition requise par la loi sur le crédit à la consommation).¹¹⁵

Enfin, depuis 1995 elle a adopté une formule qui se rapproche de la définition prévue dans la loi sur le démarchage à domicile, selon laquelle « n'est pas un consommateur et ne bénéficie donc pas des règles protectrices celui qui conclut un contrat présentant un 'rapport direct' avec son activité professionnelle. »¹¹⁶ Cette conception a été étendue aux contentieux relatifs aux clauses abusives¹¹⁷ ainsi qu'au crédit à la consommation¹¹⁸.

La majorité de la doctrine condamne cette diversité d'approches, ainsi que l'adoption du critère du rapport direct : il implique, dit-on, une recherche au cas par cas, dont le résultat est toujours aléatoire, rendant la définition de consommateur « plus floue qu'elle ne l'est déjà »¹¹⁹. En outre, il en résulte un manque de sécurité juridique pour les parties contractantes, ce qui ne se conforme pas aux objectifs du législateur, lorsqu'il a institué le code de la consommation : « une telle diversité nuit à la cohérence du droit de la consommation. [...] Et lorsque la loi du 18 janvier 1992 annonce en son article 12 qu'il sera créé un Code de la consommation', c'est bien avec l'idée d'apporter plus de cohérence en ce domaine. Même si ce travail de codification ne consiste pas à créer des règles nouvelles mais à rassembler et ordonner des normes existantes, l'esprit d'unité qui s'en dégage doit inciter à interpréter ces dernières de manière à ce que, dans la mesure du possible, leurs bénéficiaires soient compris de la même façon. Ce rassemblement des textes inhérents à la codification appelle la cohésion des notions essentielles qu'ils mettent en œuvre. »¹²⁰

Quelques solutions sont suggérées par la doctrine pour résoudre le problème : « que la jurisprudence abandonne l'expression 'rapport direct' et consacre ainsi la définition stricte du consommateur : la personne qui agit pour les besoins de sa profession ne devrait jamais être considérée comme un consommateur »¹²¹, « étant précisé qu'il pourrait en être ainsi chaque fois que l'intéressé agirait pour permettre, faciliter ou développer l'exercice de sa profession. »¹²²

Autrement, s'il fallait toujours admettre, concède-t-on, le critère du 'rapport direct' sur lequel semble insister la Cour de cassation, une autre voie suggérée consisterait à définir « qu'il existe un rapport direct toutes les fois que l'intéressé agit pour les besoins de sa profession »¹²³.

Finalement, l'image du consommateur retenue par la jurisprudence française semble être celle d'un individu moyen (le bon père de famille), bien informé et attentif aux actes qu'il

¹¹⁵ L'orientation est formulée par G. Paisant, d'après les motifs présentés dans l'arrêt Cass. civ. 1^{re} 25 mai 1992, in *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.

¹¹⁶ La Cour de Cassation refuse, par contre, de constater elle-même l'existence du rapport direct dans les litiges soumis à son appréciation, remettant l'analyse aux juges de fond.

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996. Bull. civ. I, n° 9, – 30 janvier 1996: Bull. civ. I, n° 55.

¹¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 148.

¹¹⁹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 12.

¹²⁰ G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.

¹²¹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 13. En même sens, G. Paisant, *op. cit.*

¹²² G. Paisant, JCP 1996.II.22747.

¹²³ *Idem*.

accomplit au sein du marché¹²⁴. À cet égard, une décision rendue par le Tribunal correctionnel de Metz, dans une affaire où il s'agissait d'analyser le caractère mensonger d'une publicité, nous semble, pour le moins, illustrative :

« Il faut remarquer avec Planiol dans son *Traité pratique* que le droit ne doit pas se soucier de protéger les imbéciles ; tout individu entrant dans le commerce juridique doit veiller à sa propre sûreté et ne pas avaler comme argent comptant les couleuvres que la réclame aimerait lui voir avaler (...) Une publicité sur les prix sacrifiés, massacrés, atomisés, des rabais monstres et autres fariboles ne peuvent qu'éveiller l'attention d'un consommateur moyen, sinon il risque, de sa faute, de se faire refiler des rossignols, et il ne peut que s'en prendre à lui-même. Telle est la philosophie du commerce dans une société libérale et la défense du consommateur, qui devient un job, sinon un fromage pour ses affiliés, ne sert qu'à protéger des incapables honteux, éternels consommateurs assistés ou mauvais payeurs, et non individus libres et responsables. »¹²⁵

c) Définition de consommateur en Suisse

La Suisse ne connaît pas de loi cadre de protection des consommateurs¹²⁶. Pays de forte tradition libérale dans les affaires économiques, la restriction du marché concurrentiel par des lois de protection des consommateurs n'a jamais été la priorité du législateur helvète.

Bien qu'il y soit reconnu comme branche autonome du droit, le droit de la consommation cherche, en Suisse, plutôt à renforcer le rôle joué par le consommateur sur le marché – en réduisant ou en éliminant les déséquilibres structurels qui existent quant à l'information et au pouvoir de faire valoir leurs intérêts et droits – qu'à proprement protéger la partie faible dans les contrats de consommation.

On y compte, pourtant, des lois sectorielles de protection, telles la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), sur les voyages à forfait (LVF), la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), sur l'information des consommateurs (LIC), sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, ou la loi sur les installations et appareils techniques et électriques (LSIT).

On trouvera ainsi le consommateur caractérisé dans ces lois comme *client*, *acheteur*, *voyageur* etc., dans le but fonctionnel d'élargir le champ d'application de chaque norme spécifique. La protection des consommateurs, cependant, s'accomplit surtout par le biais de la loi sur la concurrence déloyale, et les approches sectorielles n'apparaissent que subsidiairement à cette dernière notion.

En effet, le législateur suisse a préféré adopter une approche qualifiée de tridimensionnelle de la protection: en stimulant la concurrence entre les entreprises, en

¹²⁴ J. Calais-Auloy observe, cependant, que le consommateur moyen n'est pas le bon père de famille du code civil, puisque celui-ci est « assez lucide pour déjouer les pièges de la publicité trompeuse ; ce n'est pas lui qui a besoin de protection, c'est le consommateur moyen, beaucoup plus faible et crédule que le bon père de famille. » *Op. cit.*, p. 138.

¹²⁵ Trib. Corr. Metz, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 1983.1.79.

¹²⁶ L'avant-projet de Loi fédérale sur l'information et la protection des consommateurs – LIPC actuellement en discussion au sein du Parlement, quoiqu'il ne s'agisse pas d'une loi-cadre (Rapport explicatif, du 16 mars 2004), représente un effort de systématisation des diverses lois sectorielles sur l'information et sur la sécurité des consommateurs. Y sont prévus aussi une aide financière aux organisations de défense des consommateurs, et un système de règlement alternatif des différends.

prévenant les actes déloyaux et en fournissant les informations dont les consommateurs auraient besoin pour prendre leurs décisions de façon réfléchie et éclairée, on satisferait à la fois les intérêts des professionnels, l'intérêt public et l'intérêt des consommateurs.

« La constitution économique de la Suisse est celle d'une économie axée sur la concurrence et les obligations sociales. L'élément porteur de ce régime n'est autre que la libre, loyale et authentique concurrence. On escompte les résultats les plus favorables pour l'ensemble de l'économie, une amélioration croissante de l'efficacité économique et une protection optimale des consommateurs qui profitent d'une économie concurrentielle fonctionnant bien. »¹²⁷

Malgré ce déplacement de la protection des consommateurs vers le champ propre à la concurrence déloyale, nous trouvons quelques définitions plus précises du consommateur. La loi sur le crédit à la consommation de 2001 donne une définition qui se rapproche de celle utilisée dans les directives de la Communauté Européenne: « Par consommateur, on entend toute personne physique qui conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle. »¹²⁸

La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, article 120), la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors, article 22, alinéa 2) et le Code des Obligations (article 40a, alinéa 1^{er}, disciplinant le démarchage à domicile), font tous référence aux contrats conclus avec des consommateurs, lorsqu'ils agissent dans un but personnel ou familial, pouvant être étranger à leurs activités professionnelles.

Le Tribunal Fédéral, instance supérieure de décision exerçant une compétence sur tout le territoire national, n'a pas pu fournir beaucoup d'éléments de la définition, faute de demandes soumises à son appréciation, ce qui s'explique par les coûts élevés de l'accès à la justice par rapport aux valeurs moindres des affaires de la consommation. Ses décisions permettent, toutefois, une ébauche de définition, rapprochée de la description fournie dans la loi sur le crédit à la consommation: consommateur est toute personne physique qui agit dans un but non professionnel, se trouvant dans un déséquilibre structurel dans les relations qu'il noue au sein du marché¹²⁹.

L'image du consommateur retenue par la jurisprudence est aussi celle d'un consommateur moyen, suffisamment informé et prudent, qui ne se laisse pas tromper par n'importe quelle démarche des professionnels sur le marché¹³⁰.

d) Définition de consommateur au Brésil

Le législateur brésilien, à la différence des exemples précédents, a opté pour l'unité de la définition légale du consommateur. Dans le Code de défense du consommateur¹³¹, l'article 2 prévoit que consommateur est toute personne physique ou morale, qui acquiert ou utilise un produit ou un service comme destinataire final.

¹²⁷ Message LCD, FF 1983 II 1037, 1069.

¹²⁸ LCC, 23.3.2001; article 3.

¹²⁹ ATF 121 III, 336, 339 s.

¹³⁰ ATF 107 IV, 200; ATF 106 IV, 218; ATF 129 III, 426: « le destinataire d'une publicité fondé de bonne foi [...] Il s'agit d'un acheteur Suisse moyen, non-professionnel et normalement doué (cf. KORALNIK, *op. cit.*, p. 118; BAUDENBACHER, *op. cit.*, n. 44, 47 et 57 ad art. 3, let e LCD) ».

¹³¹ L'édiction du « Código Brasileiro de Defesa do Consumidor », loi n° 8.078 du 11.09.1990 a été le résultat d'un ample débat sur le besoin de protéger les consommateurs, avec la participation de vastes secteurs de la société, y compris les représentants des

Option a été donc faite pour l'inclusion des personnes morales dans la définition¹³². Mais c'est la destination finale de l'acquisition ou de l'utilisation du bien ou du service, qui constitue le noyau dur de la définition, et qui restreint ainsi l'étendue du champ d'application de la loi. L'expression « comme destinataire final » fait appel au non-professionnel, à celui qui ne contracte point pour les besoins de sa profession.

Ne peut donc pas prétendre à la protection légale la personne morale qui donne à un bien ou à un service une destination finale purement factuelle, c'est-à-dire qui retire tout simplement le bien du marché pour l'utiliser dans son propre cycle de production. Le consommateur protégé par la loi est celui qui agit en achevant le processus économique des biens et des services, qui leur donne une destination finale, privée ou familiale.

Quoique les personnes morales aient été incluses dans la définition, la volonté du législateur a été de protéger le consommateur qui subit un déséquilibre structurel lors des rapports économiques qu'il entretient au sein du marché¹³³. C'est dans ce sens que la définition de consommateur de l'article 2 est complétée par l'article 4, alinéa I du Code, lorsque est proclamée la vulnérabilité et la position de déséquilibre où se trouve le consommateur, dans les relations qu'il noue avec les professionnels¹³⁴. C'est la définition de consommateur *stricto sensu*, dont la vulnérabilité constitue le pilier fondamental.

Mais il faut encore observer que le Code est constitué d'un microsystème juridique de protection spéciale ; il réunit des normes concernant tant la sécurité et la santé des consommateurs que leurs intérêts économiques. Et dans le but de promouvoir ces intérêts, le législateur brésilien a entendu étendre la protection aux dits « consommateurs par équivalence ».

C'est ainsi que le paragraphe unique de l'article 2 du Code tient compte de la dimension collective du groupe-consommateurs, et fait valoir la même protection à la collectivité de

intérêts des professionnels et de ceux des consommateurs. Plusieurs conférences d'ampleur nationale et internationale avaient été organisées dans le but de discuter les mesures les plus appropriées au contexte socio-économique du pays, avec la participation de professeurs renommés à l'échelle internationale, comme Eike von Hippel, Norbert Reich, Thierry Bourgoignie, Françoise Maniet, Jean Calais-Auloy, Mario Frota et Edwoud Hondius, ainsi que d'importants professeurs brésiliens, comme Fábio Konder Comparato, Eros Roberto Grau, José Carlos Barbosa Moreira, Alcides Tomasetti Júnior, Waldírio Bulgarelli, Rachel Sztajn et Carlos Alberto Bittar. Le moment politique était favorable, car l'Assemblée Constituante Nationale était réunie en vue d'établir une nouvelle Constitution pour le pays, après vingt ans de dictature militaire. Avec l'édiction du Code, qui s'est basé essentiellement sur les modèles de la Résolution n. 39/248 du 9.4.1985 de l'ONU et sur les travaux de la commission de refonte du droit de la consommation de France, le Brésil devenait le premier pays du monde qui comptait sur un vrai Code, systématisé, de défense des consommateurs, regroupant les principaux domaines qui concernent le droit de la consommation.

¹³² J. Filomeno affirme, cependant, que l'inclusion des personnes morales dans la définition du code brésilien contredit les principes d'une vraie politique de protection des consommateurs. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1997, 5^e éd., p. 27. Plusieurs explications sont avancées pour justifier de cette option. L'une, présentée par la doctrine, nous semble assez révélatrice : il s'agirait d'une astuce particulière ayant orienté la politique législative du Parlement lors de l'élaboration du Code ; en effet, le législateur, connaissant la réalité brésilienne, d'une moindre organisation de la société civile et le caractère passif typique du consommateur-final brésilien, aurait accordé la protection aussi aux professionnels, dans un but initial d'inciter l'appel à la nouvelle instrumentation juridique et, ainsi, faire développer la jurisprudence, avec des effets positifs directs et indirects en faveur des consommateurs (Cf. C. Marques, *op. cit.* p. 296-297). Mais on peut aussi estimer que, s'agissant de la formation d'une nouvelle jurisprudence, basée sur des normes protectrices innovantes et qui mettaient en jeu les intérêts économiques de grands conglomerats professionnels, le fort *lobbying* de ces associations professionnelles auprès du législateur a dû jouer aussi un rôle décisif.

¹³³ Exposition des motifs du Code brésilien de défense des consommateurs, Diário do Congresso Nacional, 3.5.1989, seção II, p. 1663.

¹³⁴ J. Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 78-79. *Apud* J. G. Brito Filomeno, *op. cit.*, p. 28.

personnes, encore qu'indéterminables, étant intervenue dans les rapports de consommation¹³⁵ ; l'article 17 étend la protection à toute victime des accidents de consommation¹³⁶ ; et l'article 29 l'accorde à toutes les personnes exposées aux pratiques commerciales décrites dans la loi, dont la publicité, les offres commerciales, les clauses abusives etc.

En somme, on trouve des définitions de consommateur dans l'article 2, dans son paragraphe unique et dans les articles 17 et 29 du Code de défense du consommateur. Dans ces derniers cas de figure, le législateur a entendu donner aux professionnels la possibilité de se prévaloir des dispositions protectrices accordées aux consommateurs.

Nombreux professionnels ont, effectivement, intenté des actions fondées sur les normes du Code. La jurisprudence, dans un premier temps, s'est penchée vers le courant maximaliste susmentionné, surtout à propos de contrats conclus avec des institutions bancaires, financières et d'assurances, et que la vulnérabilité de l'autre partie était constatée. Mais, quinze ans après la promulgation du CDC, l'analyse de la pratique jurisprudentielle révèle le développement d'une attitude parcimonieuse chez les magistrats, lesquels, désormais, n'accordent la protection spéciale aux professionnels qu'exceptionnellement¹³⁷.

Finalement, des spécialistes en droit de la consommation affirment qu'un modèle de *consommateur moyen* n'existe guère dans le contexte socio-économique brésilien. Pour eux, l'interprétation de la loi devrait se faire toujours *in concreto*, considérant les graves disparités économiques, sociales et informationnelles y existant : « au cas inopportun où l'on déciderait de le faire », il faudrait considérer un consommateur intellectuellement modeste et à faibles revenus¹³⁸.

B – Les principes, les impératifs et les spécificités du droit de la consommation

Le droit de la consommation s'inscrit au sein d'un mouvement plus ample, que comprend la politique des relations de consommation¹³⁹, visant à combler les nécessités des consommateurs et à promouvoir le respect de leur dignité, de leur santé et sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, l'amélioration de leur qualité de vie, ainsi que la transparence et l'harmonisation des relations de consommation¹⁴⁰.

¹³⁵ Dans l'original: « Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. »

¹³⁶ « Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. »

¹³⁷ C. Marques, *op. cit.*, p. 298. Cet auteur fait deux observations importantes: d'une part, l'application des normes de protection aux professionnels s'est avérée positive car, dans le contexte sociopolitique et culturel de la société brésilienne, les consommateurs en tirent plus de bénéfices économiques que de préjudices. D'autre part, le nouveau Code Civil brésilien (entré en vigueur en 2002) a unifié dans une large mesure les obligations civiles et commerciales. Il a notamment consacré le principe général de bonne foi (article 422), ce qui devrait avoir pour effet de réserver la protection des professionnels au seul champ d'application du droit civil, lorsqu'ils se trouvent en position de déséquilibre dans leurs rapports contractuels.

¹³⁸ A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 56 et 67.

¹³⁹ Th. Bourgoignie refuse de qualifier le mouvement de « politique de la consommation », préférant l'expression « politique visant à la promotion des intérêts des consommateurs ». Il le justifie en rappelant que les préoccupations doivent se concentrer sur le sujet – le consommateur – et non à l'objet – la fonction ou l'acte de consommer. L'expression « politique nationale des relations de consommation » a été préféré par le législateur brésilien, qui l'a prévue dans l'article 4 du Code de défense du consommateur.

¹⁴⁰ Dans le cadre de la Communauté européenne, ces objectifs sont énoncés dans l'article 153 du Traité qui l'institue, en France, l'ancienne loi du 18 janvier 1992 déterminait la création d'un code de protection des consommateurs dans son article 12 ; en Suisse, la Constitution fédérale détermine dans son article 97 la prise de mesures visant à la protection des consommateurs ; au Brésil l'article 5, alinéa XXXII, ainsi que l'article 170, al. V de la Constitution consacrent leur protection comme un droit fondamental, et comme un principe conformateur de l'ordre économique.

La réalisation de ces objectifs se fait par l'établissement de mesures à caractère juridique, économique, social et politique, qui définissent ainsi la politique de promotion des intérêts des consommateurs.

Les principaux objectifs et orientations de cette politique seront ensuite décrits, à la lumière des principes généraux qui conduisent la mise en œuvre des mesures de protection. La portée de cette étude ne nous permet pas d'entamer une analyse approfondie de chaque institut juridique de protection spéciale dans les pays concernés. Une référence sera faite, cependant, en note, dans le cadre des objectifs généraux respectifs.

Objectifs principaux de la politique des relations de consommation.

Pour accomplir les objectifs de la politique de promotion des intérêts des consommateurs, des mesures doivent être prises concernant leur éducation et information (a) ; la protection de leur santé et sécurité (b) ; la protection de leurs intérêts économiques (c) leur organisation et représentation politique (d) ; et leur accès à la justice (e).

a) L'éducation et l'information des consommateurs

L'éducation des consommateurs est un des éléments les plus importants d'une politique efficace de promotion de leurs intérêts, car elle permet la formation d'une conscience critique sur les divers aspects liés à la consommation ; elle rend compte de la dimension juridique que comportent les actes de consommer. L'éducation des consommateurs constitue alors « la pierre d'angle de l'édifice à construire »¹⁴¹.

Des démarches sont indiquées, qui se réfèrent à la mise en œuvre de programmes d'incitation à la prise de conscience par les jeunes, quant au phénomène de la consommation, ainsi que des débats publics qui soulignent les problèmes liés à ce sujet. La formation de consommateurs consciencieux sert d'ailleurs à pallier les défaillances du système économique à l'égard, par exemple, de leurs intérêts économiques, de leur santé et de leur sécurité. Le défaut d'éducation, au contraire, accroît la fragilité des consommateurs, en face des risques inhérents à la consommation de masse¹⁴².

L'information des consommateurs est aussi très importante, elle concerne non seulement leurs intérêts économiques, mais aussi leurs intérêts politiques et sociaux. Par la comparaison qu'elle permet, l'information devient une condition de rationalité et de transparence du marché, permettant au consommateur de faire ses choix en connaissance de cause. Il peut, dans une certaine mesure, remplir son rôle de promoteur de l'équilibre dans le jeu du marché.

L'information lui permet aussi de connaître ses droits ; il devient ainsi plus capable de participer aux processus politique et législatif de prise des décisions qui concernent ses

¹⁴¹ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 133.

¹⁴² La Communauté européenne établit l'éducation comme un des objectifs de sa politique de protection et d'information des consommateurs (dans son Programme Préliminaire, du 14 avril 1975), prévoyant même des enseignements aux niveaux scolaire et universitaire. Le code brésilien érige l'éducation des consommateurs et des professionnels, dans leurs rapports de consommation, comme un de ses principes (article 4^e, alinéa IV) et comme un droit des consommateurs (article 6^e, alinéa II). Un des rédacteurs de l'avant-projet du Code affirme que la nouvelle norme est censée venir changer la mentalité des sujets des relations de consommation, en empêchant la prise d'avantages indus au détriment des droits d'autrui (ce qui caractérise la populaire « lei do Gerson »). Cf N. Nery, *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rev. de Direito do Consumidor, n. 3, sep.-déc. 1992, p. 47.

intérêts. Des consommateurs avisés apprennent, finalement, à déjouer les pièges et les contraintes inhérents à l'économie de marché, contribuant à diminuer les antagonismes et les différences sociales qu'entraîne la norme sociale de la consommation.

Le droit de la consommation prévoit alors l'obligation des professionnels de fournir aux consommateurs une information positive et complète sur les biens et les services offerts, tant avant le contrat que pendant la relation contractuelle, voire après l'exécution des obligations. Elle doit porter sur l'ensemble des circonstances qui entourent le rapport de consommation, notamment l'identification du fournisseur, l'origine des biens, le prix global de l'échange, la quantité et la qualité des produits et des services, leurs modes d'utilisation et d'installation. Des informations négatives doivent aussi être fournies, comme les dangers liés à l'usage des produits, les risques inhérents à la transaction et les droits dont peut se prévaloir le consommateur en cas de litige¹⁴³.

Des systèmes collectifs d'information sont aussi organisés dans le but d'offrir des informations objectives sur les produits. Ces systèmes sont censés être neutres et indépendants, fournissant aux consommateurs les résultats de tests comparatifs réalisés, qui portent sur la qualité, la durabilité et la sécurité des biens et des services¹⁴⁴.

La publicité configure aussi un aspect important de l'information. À travers sa manipulation, elle affecte tant le comportement des consommateurs que celui des concurrents dans le marché. Ainsi, des normes protectrices interdisent la publicité trompeuse ou abusive, et déterminent que les informations fournies dans le cadre de la publicité soient vraies et objectives¹⁴⁵, sous peine de sanctions civiles et pénales. La création d'organismes

¹⁴³ Dans la Comm. Européenne, plusieurs directives déterminent l'obligation à la charge des professionnels de fournir une information complète sur les biens et les services offerts aux consommateurs, notamment la directive 98/6/CE sur l'indication des prix des produits, la directive 2001/95/CE sur la sécurité générale des produits, la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance, la directive 87/102/CEE en matière de crédit à la consommation, ou la directive 90/314/CEE sur les voyages à forfait etc. En France, plusieurs dispositions légales régissent l'information des consommateurs, mais une obligation générale de renseignements figure dans le Code de la consommation, dans les articles L. 111-1 à L. 115-33. Les modes d'information et les transgressions à ces règles sont prévus dans la partie réglementaire du Code, dans les articles R. 112-1 à R. 142-2. Les associations de consommateurs et l'Institut National de la Consommation y exercent aussi un rôle important. En Suisse, les principales normes à ce sujet sont la loi fédérale sur l'information des consommateurs (LIC), l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP), la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LIC), la loi fédérale sur les voyages à forfait, et les règles du Code civil sur la bonne foi, d'où se dégage une obligation précontractuelle d'information. L'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) contient d'importantes dispositions sur l'obligation générale de renseignements et sur la sécurité des consommateurs. Il entend systématiser les diverses dispositions légales concernant cette information, en déterminant les tâches de la Confédération, du Bureau fédéral de la consommation et des associations de consommateurs dans la réalisation de ces objectifs. Au Brésil, le Code prévoit le droit des consommateurs à l'information complète sur les biens et les services, ainsi que sur les risques qu'ils peuvent présenter, dans l'article 6^e, alinéa III. Le décret n° 2.131 du 20.3.1997 fixe les modes de l'information et les sanctions de la transgression de ces prescriptions. Il appartient au Département de protection et défense des consommateurs – DPDC de promouvoir des mécanismes d'information au niveau fédéral, et aux Procons au niveau régional, ainsi qu'aux associations de consommateurs.

¹⁴⁴ En France, ce sont les associations de consommateurs, l'INC et le Laboratoire national d'essais – LNE, chargés de réaliser et de divulguer les résultats d'essais comparatifs. En Suisse, cette tâche incombe aux associations de consommateurs, assistées par le Bureau fédéral de la consommation ; au niveau cantonal, des associations de chimistes peuvent aussi assumer l'initiative. Au Brésil, les associations de consommateurs réalisent ces essais, mais il nous semble être l'« Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial » - Inmetro l'organisme de coordination le plus important dans la vérification du niveau de qualité des biens et des services, et dans l'assistance à la divulgation de ces résultats.

¹⁴⁵ Au sein de la CE, ce sont les directives 84/450/CE en matière de publicité trompeuse et 97/55/CE sur la publicité comparative qui régissent le domaine. En France, les articles L. 121-1 à L. 121-15 du Code de la consommation règlent la matière, et les sanctions pénales sont prévues dans les articles L. 213-1 à L. 213-6 du même Code. Par ailleurs, en France le délit de publicité

d'autorégulation publicitaire est aussi envisagée¹⁴⁶, en complément des dispositions légales.

La publicité sur des produits dangereux tels que le tabac et l'alcool est soumise à des règles beaucoup plus strictes, les producteurs devant avertir les consommateurs sur les risques de dommages causés à la santé¹⁴⁷.

Finalement, le processus global d'information des consommateurs doit tenir compte de l'hétérogénéité du groupe-consommateurs. Les renseignements doivent ainsi être fournis de façon claire et simple, permettant leur compréhension même par des consommateurs intellectuellement plus modestes.

b) La protection de la santé et de la sécurité des consommateurs

Quoique importante, l'information ne suffit pas, à elle seule, à garantir la satisfaction des intérêts des consommateurs¹⁴⁸. L'accroissement de la technologie et la mise en circulation de biens et de services dangereux appellent à l'établissement de mesures coercitives, dans le but de protéger la santé et la sécurité des consommateurs, considérés dans une dimension collective, qui dépasse la perception restreinte des rapports purement individuels.

Ces mesures concernent, d'une part, la prévention des risques que peuvent présenter les biens dangereux ; d'autre part, la réparation intégrale des dommages éventuellement causés aux consommateurs.

À propos de l'approche préventive, les systèmes normatifs plus modernes prévoient une obligation générale de sécurité, selon laquelle les professionnels ne doivent mettre sur le marché que de biens et services sûrs. La dimension de cette sûreté doit, en effet, se fonder non plus sur la destination habituelle donnée aux biens et aux services, mais sur la sécurité dont on peut légitimement s'attendre, dans des conditions raisonnablement prévisibles

trompeuse peut être commis même par négligence, et même un particulier faisant des petites annonces pourrait tomber sous le coup des sanctions pénales, d'après l'interprétation des normes visées par la Cour de Cassation (non cependant sans contestations par une partie de la doctrine, qui voit dans cette orientation une redoutable invasion de la responsabilité pénale sur le champ de la responsabilité purement civile). En Suisse la publicité trompeuse est sanctionnée à titre civil, dans le cadre des dispositions de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale ; les sanctions pénales font l'objet de rares exceptions, à propos de délits intentionnels, dont la poursuite appartient à l'initiative des parties lésées. Ce sont les articles 3 et 23 de la LCD qui régissent la publicité trompeuse et comparative. Au Brésil, l'article 37 du Code de protection interdit toute publicité trompeuse ou abusive ; l'article 56 prévoit les sanctions administratives et les articles 67 et 68 prévoient les sanctions pénales. La publicité comparative est permise par l'article 32 du Code d'autorégulation publicitaire édicté par le Conseil national d'auto-régulation publicitaire - Conar, tant qu'elle est en conformité avec les dispositions du Code de propriété industrielle, loi 9.279 du 14.5.1996.

¹⁴⁶ Sur le plan international, il s'agit de la Chambre de commerce internationale, En France, c'est le Bureau de vérification de la publicité (BVP), en Suisse c'est l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) ; au Brésil, c'est le Conseil National d'Autorégulation Publicitaire (Conar).

¹⁴⁷ Dans la CE, la directive 2003/33/CE établit des règles sur la publicité pour le tabac, et la directive 89/552/CE dispose sur la publicité télévisuelle pour les boissons alcooliques. En France, ce sont les articles L. 3323-2 et suivants du Code de la santé publique qui régissent la publicité sur l'alcool (elle est interdite à la télévision), et les articles 3511-4 et suivants du même code pour le tabac (les restrictions sont encore plus larges que pour l'alcool). En Suisse, la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV, article 18, al. 5^e) et l'ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV, art. 15, al. 1^e, let. b) interdisent la publicité pour le tabac et pour l'alcool dans ces supports ; l'ordonnance sur le tabac (Otab, art. 15) et l'ordonnance sur les denrées alimentaires (ODAI, art. 37) interdisent la publicité pour ces produits destinées aux jeunes de moins de 18 ans et imposent d'autres restrictions. On peut encore remarquer une loi promulguée dans le canton de Genève qui interdit toute publicité sur le domaine privé et public pour le tabac et pour l'alcool distillé de plus de 15%. Au Brésil, les lois fédérales 9.294 du 15.07.1996 et 10.167 du 27.12.2003 limitent la publicité pour le tabac et pour l'alcool. Le projet de loi 7505/2002 proposé au Parlement par le Ministère de la santé prévoit aussi l'interdiction de toute machine automatisée fournissant des produits du tabac.

¹⁴⁸ M. Trebilcock affirme, à ce sujet, que même avec « la meilleure des intentions du monde », le modèle idéal de compétition du marché, basé sur des relations de consommation où les parties disposent et fournissent volontairement des informations complètes et bilatérales, ne semble pas suffire à une protection efficace des consommateurs. *Apud* Th. Bougoignie, *op. cit.* p. 137.

d'utilisation. L'évaluation de la sécurité attendue doit, ainsi, prendre en compte tous les aspects pertinents, notamment les catégories de consommateurs visés et leur vulnérabilité particulière vis-à-vis des risques encourus, comme les enfants et les personnes âgées¹⁴⁹. Les produits dangereux tels que le tabac et l'alcool, quoiqu'ils ne soient pas interdits, sont soumis à des règles strictes de commercialisation et de publicité.

Au-delà des mesures dont l'initiative appartient aux professionnels, des systèmes organisés de normalisation et de fiscalisation de leur activité sont créés, en vue d'assurer un niveau de sécurité élevé des biens mis en circulation. Les organismes chargés de cette tâche doivent veiller à ce que les biens correspondent, le cas échéant, aux spécifications techniques prescrites par les autorités publiques ; ils peuvent aussi empêcher la mise sur le marché de biens dangereux, voire ordonner le rappel ou le retrait des biens déjà mis en circulation.

En ce qui concerne la réparation des dommages, l'adoption de systèmes de responsabilité objective, au lieu de la traditionnelle responsabilité pour faute, représente des mécanismes très efficaces du droit de la consommation. La réparation des dommages causés du fait des défauts et des vices des produits et des services dépasse la traditionnelle dichotomie entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, afin protéger efficacement toutes les personnes exposées aux accidents de consommation, y compris les « by standers ». L'adoption de la théorie de la *restitutio in integrum* garantit aussi une indemnisation intégrale des victimes, pour dommages matériels et immatériels subis.¹⁵⁰

La protection de la sécurité des consommateurs comprend aussi une obligation de suivi, sur les biens et les services mis en circulation. Cette obligation entend assurer les consommateurs contre les défauts des biens apparus un certain temps après leur usage ou

¹⁴⁹ La directive 2001/95/CE de la Communauté européenne prévoit l'obligation générale de sécurité des produits. En regard de la sécurité des services, la Résolution 2003/C 299/01 du Conseil de l'Europe invite la Commission européenne et les États membres à s'engager dans les travaux de préparation d'une future proposition communautaire sur la sécurité des services offerts aux consommateurs. En France, les articles L. 221-1 à L. 225-1 régissent la matière. En Suisse il n'y a pas de loi générale déterminant une obligation de sécurité, sinon que des lois sectorielles, telles la loi fédérale sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques (LSIT), la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), l'ordonnance sur les objets usuels (OU), ou l'ordonnance sur la sécurité des jouets (OSJo). L'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) prévoit une obligation générale de sécurité des biens et des services, restreinte, toutefois, aux cas où il n'y a pas encore de loi sectorielle régissant le domaine considéré, c'est-à-dire une obligation générale subsidiaire. Au Brésil, les articles 8 à 11 du Code de protection imposent cette obligation générale de sécurité aux professionnels, de même que l'obligation de suivi des produits et des services mis en circulation.

¹⁵⁰ La directive 85/374/CE prévoit un système de responsabilité extracontractuelle objective des producteurs du fait des produits ; les services sont exclus du cadre de la directive. En France, pour se faire indemniser en raison de dommages subis dans le cadre d'une relation contractuelle, les consommateurs peuvent compter sur l'action pour inexécution contractuelle (articles 1184 et 1243 pour tous les contrats, et article 1604 pour la vente) ; sur l'action pour responsabilité contre les vices cachés (article L. 211-1 du Code de la consommation, remettant aux articles 1641 à 1648 du Code civil), qui peut d'ailleurs être proposée directement contre tous les professionnels de la chaîne de production/distribution. Dans le domaine extracontractuel, ils peuvent compter sur l'action pour responsabilité du fait des produits défectueux (articles 1386-1 et suivants du Code civil, les distributeurs étant assimilés aux producteurs, selon l'article 1386-7). En Suisse, dans le domaine contractuel il y a la responsabilité pour faute présumée du seul vendeur (articles 197 et 208 du Code des obligations), mais celui-ci peut s'en exonérer par une clause contractuelle ; dans le domaine extracontractuel, il y a responsabilité pour faute (achillienne, article 41 C.O.) ; la responsabilité causale simple de l'employeur du fait de son auxiliaire, avec présomption de faute (article 55 du C.O.) ; et la responsabilité objective « pour risque créé » du producteur, prévue dans la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP). Au Brésil, la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle est mitigée, car l'article 17 du Code de protection accorde les mêmes droits à toute victime des accidents de consommation ; les articles 12 à 17 prévoient la responsabilité objective du fournisseur, et l'article 25, paragraphe unique, prévoit la solidarité entre les maillons de la chaîne de commercialisation responsables de l'accident.

leur consommation. Les professionnels sont, en même temps, obligés à se tenir au courant des progrès de la science, dans le but d'assurer la prévention et la réparation des dommages.

c) La protection des intérêts économiques des consommateurs

Dans la logique du droit de la consommation, les intérêts économiques des consommateurs méritent aussi une protection spéciale. En poursuivant l'objectif d'équilibrer la situation des partenaires économiques, il tend à harmoniser les relations de consommation. Les impacts de cette harmonisation se répercutent sur l'ensemble de la collectivité, d'où résulte une répartition plus juste des risques liés aux transactions de consommation, ainsi qu'une répartition plus égalitaire des richesses au sein de la société.

Désormais, les rapports de consommation doivent se dérouler à la lumière des principes de la bonne foi objective, d'équité, d'équilibre et de proportionnalité entre les obligations des parties. La protection de la volonté réelle des consommateurs s'accroît, avec la mitigation de principes du droit commun, tel le *pacta sunt servanda*, et la substitution de nouveaux instruments comme la proportionnalité objective des obligations ou la clause *rebus sic stantibus*¹⁵¹ aux instituts traditionnels, comme la lésion ou l'imprévision, respectivement.

Les ententes précontractuelles, les pourparlers prennent autant d'importance que le moment de la conclusion du contrat, dans le but d'assurer les attentes légitimes des consommateurs. Des délais de réflexion sont accordés aux consommateurs, dans les contrats de crédit, ainsi que dans les ventes à distance. Dans les domaines du commerce électronique et du démarchage à domicile, des délais de rétractation sont prévus, permettant au consommateur de révoquer le consentement donné « à chaud », ou « à la légère ».

Les limites existant entre la publicité et les offres contractuelles sont aussi mitigées, les professionnels sont engagés à exécuter les conditions et les bénéfices vantés dans la publicité¹⁵².

Dans le domaine contractuel, des mécanismes de révision des contrats permettent l'élimination des clauses abusives¹⁵³. Ces mécanismes permettent par ailleurs une espèce de contrôle abstrait, avec l'élimination en échelle collective des clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion et dans les conditions générales, effectué soit par les autorités publiques, soit par les organismes juridictionnels¹⁵⁴.

¹⁵¹ Au Brésil, l'article 6, alinéa V, du Code de protection proclame le droit à la révision du contrat en raison de circonstances survenantes par rapport au moment de sa conclusion.

¹⁵² L'article 2, alinéa 2, lettre d de la Directive 1999/45/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation prévoit l'engagement du vendeur par ses déclarations publicitaires, de même que l'article 3, alinéa 2, final, de la Directive 90/314/CE sur les voyages à forfait. En France, la même règle est prévue dans l'article 16 de la loi 92-645 du 13.7.1992 sur les conditions de l'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours ; la jurisprudence exerce, dans le domaine de la publicité, un rôle important sur le « forçage » du contrat. En Suisse, la loi fédérale sur les voyages à forfait (LVF) contient une prévision similaire à celle de la directive européenne. Au Brésil, l'article 30 du Code prévoit expressément l'engagement des annonceurs, du fait de leurs publicités.

¹⁵³ La directive 93/13/CE de la Comm. européenne considère abusives les clauses qui créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (art. 3, al. 1^{er}). En France, ces règles font l'objet des articles L. 132-1 à L. 135-1 du Code consom. En Suisse, il n'existe pas de prévision légale sur les clauses abusives, ni de norme permettant leur révision. Il y a cependant un contrôle juridictionnel exercé à propos de l'incorporation des conditions générales des contrats dans l'instrument contractuel, par la vérification des conditions où la partie adhérente a donné son consentement. Au Brésil, le Code prévoit la protection contre les clauses abusives (articles 6, alinéa IV et 51 à 53).

¹⁵⁴ En France, ce contrôle abstrait est fait soit par des décrets en Conseil d'État (article L. 132-1, alinéa 2 du Code de la consommation) après avis de la commission des clauses abusives, soit ou par les juges, sous l'initiative des associations de consommateurs. Au Brésil, les associations de consommateurs et, surtout, le Ministère Public sont légitimés à intenter des actions collectives, visant à la suppression de clauses abusives figurant dans les contrats (articles 51, § 4 et 82).

Les clauses considérées abusives sont nulles et tenues pour non écrites, et leur caractère abusif peut être apprécié par le juge *ex officio*, car il s'agit de règles impératives d'ordre public. Ce système de contrôle de l'équilibre contractuel est orienté, d'ailleurs, par le principe de la conservation des contrats. Cela veut dire qu'à la solution traditionnelle du droit commun des nullités – soit la résolution du contrat et le retour des parties à l'état initial – sont ajoutées des alternatives, visant à la conservation de la relation, à dépendre de la volonté du consommateur.

Ensuite, dans les contrats de crédit, des normes imposent la présentation d'une l'information complète sur la transaction, le prix global, la possibilité de remboursement anticipé sans frais, l'interdépendance entre les contrats de crédit affecté et ceux qu'ils visent à financer. Est aussi prévue la mise en place de systèmes spéciaux de traitement du surendettement, dont la solution peut aller jusqu'à l'effacement total des dettes, sous certaines conditions¹⁵⁵.

La qualité et la durabilité des biens et des services constituent un autre aspect de la protection des intérêts économiques des consommateurs. À la place de la théorie traditionnelle sur les vices rédhibitoires, la théorie des « vices de qualité et de quantité » assure les consommateurs contre les défauts – même les petits et les apparents – que peuvent présenter les biens et les services¹⁵⁶. Des normes plus protectrices prévoient encore la solidarité entre tous les fournisseurs de la chaîne de production/distribution¹⁵⁷.

d) L'organisation et la représentation politique des intérêts des consommateurs

L'incitation à la formation d'un mouvement organisé de consommateurs répond aux objectifs de la politique des relations de consommation, ou d'une politique de promotion des intérêts des consommateurs. Aussi, leur représentation auprès des instances officielles de décisions économiques et politiques est fondamentale à l'établissement et au maintien de l'équilibre entre les agents économiques au sein du marché.

¹⁵⁵ Le traitement du surendettement des consommateurs est prévu dans les articles L. 330-1 à L. 333-8 du Code de la consommation français. En Suisse le traitement du surendettement est prévu dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, articles 191 et 333 à 336). Au Brésil, c'est le Code de procédure civile qui règle les cas d'insolvabilité du débiteur (CPC, articles 748 à 790), mais il n'y a pas de prévision spéciale de protection.

¹⁵⁶ Au sein de la Communauté européenne, c'est la directive 1999/45/CE qui prévoit la garantie des biens de consommation, mais elle ne couvre pas les vices apparents. En France les articles L. 211-1 et suivants du code de la consommation prévoient la garantie contre les défauts de conformité, mais en sont exclus les vices apparents. La voie reste, cependant, ouverte au consommateur qui désire se faire appliquer les dispositifs du Code civil sur la garantie contre les vices cachés (arts. 1648-1649). En Suisse, l'article 197 du code des obligations qui établit une garantie générale d'accomplissement de la « qualité promise » par le vendeur, en faveur des acheteurs. Il s'agit, toutefois, d'une norme dispositiue, qui peut être dérogée contractuellement. Au Brésil, les articles 18 à 25 du Code du consommateur prévoient la garantie contre les vices de qualité et de quantité des produits et des services, qu'ils soient apparents ou occultes.

¹⁵⁷ En France, l'« action directe » pour responsabilité contre les vices cachés peut être exercée contre n'importe quel fournisseur de la chaîne de production/distribution. En Suisse, l'absence de prévision légale de solidarité aboutit à ce que seul le vendeur est tenu d'accomplir la « qualité promise » des biens et services fournis, dans les limites évidemment des clauses contractuelles par lesquelles il entend s'obliger. Toutefois, l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique, malgré son nouvel intitulé « Révisions partielles du droit des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale – Amélioration de la protection des consommateurs », prévoit l'inclusion dans le code des obligations d'un troisième alinéa à l'article 197, qui oblige le vendeur à répondre également des qualités promises par le producteur, dans des déclarations livrées au public, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Au Brésil la prévision de solidarité entre tous les fournisseurs est prévue dans les articles 18, 19, 20 et 25 du Code du consommateur.

Dans cet esprit, l'intervention de l'État dans l'économie est un principe d'importance reconnue, en vue de garantir l'harmonisation des intérêts dans les rapports de consommation. Les normes de protection prévoient la création d'organismes subordonnés au Pouvoir Exécutif, chargés de réprimer les pratiques déloyales constatées au sein du marché concurrentiel, en même temps que de veiller à la défense des intérêts des consommateurs¹⁵⁸.

On compte parmi les mesures nécessaires à la réalisation de ces objectifs : l'aide à la constitution de groupements représentatifs des intérêts des consommateurs ; la création d'organismes privés et publics chargés à la fois de recueillir leurs plaintes, d'entamer des procédures informelles de conciliation avec les professionnels et, ultérieurement, de donner suite à leurs demandes auprès des instances juridictionnelles ; la création d'organismes offrant un système accessible et même gratuit de consultation juridique, ainsi que de représentation auprès des instances judiciaires est aussi envisagé¹⁵⁹.

Finalement, aussi importantes que les mesures de protection, sont celles destinées à accroître la conscience des consommateurs quant à la dimension juridique du contexte socio-économique où ils agissent, en même temps qu'à leur faire comprendre la dimension collective des problèmes liés à la consommation. Seuls des consommateurs informés et organisés deviennent capables de faire face aux contraintes imposées par les professionnels.

Ainsi, on peut relever l'important rôle des organisations de consommateurs, orientées vers leur éducation et information, la mobilisation de l'opinion publique, l'accomplissement d'actions collectives efficaces, telles l'exercice du *lobbying*, le recours à des actions de boycott, de grèves, l'organisation collective d'achats, ou le recours au mode coopératif.

e) L'accès des consommateurs à la justice

La facilitation de l'accès des consommateurs à la justice rejoint un mouvement social plus large, orienté vers la réforme du système juridique, en vue de garantir un accès égalitaire de tous les citoyens aux moyens de solution des litiges dans la société.

L'accès à la justice, dans le champ de la consommation, comprend des mesures telles que la mise en place de systèmes de renseignements et de consultation, afin de permettre aux consommateurs de mieux connaître leurs droits et les moyens de les faire valoir ; l'aménagement des procédures judiciaires, en vue de rendre l'aide juridique effectivement

¹⁵⁸ Au niveau européen, c'est la direction générale « Santé et protection des consommateurs » – SANCO la responsable de formuler la politique communautaire de la consommation. En France, le Conseil national de la consommation – CNC et l'Institut national de la Consommation – INC sont des organismes publics qui participent à la promotion de la politique nationale de la consommation, à côté des associations de consommateurs. En Suisse, ce rôle est exercé par le Bureau fédéral de la consommation, à l'aide des associations de consommateurs. Au Brésil, c'est le Département de Protection et Défense des Consommateurs – DPDC subordonné au Ministère de la Justice l'organisme étatique qui exerce ce rôle.

¹⁵⁹ La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes – DGCCRF est l'organisme français responsable de garantir la défense de l'ordre économique contre les atteintes à la concurrence et à la consommation. Les associations des consommateurs se prennent la tâche de représenter les intérêts collectifs et individuels des consommateurs, vis-à-vis des professionnels et de diverses instances de décisions politiques. En Suisse, ce rôle est exercé en même temps par les associations de consommateurs et par le Bureau fédéral de la consommation. Au Brésil, il y a des départements de police spéciaux, chargés de la prévention et du combat aux fraudes sur le marché. Les Procon's sont des organismes publics qui recueillent les plaintes et, à côté des associations de consommateurs, veillent à la défense directe des intérêts des consommateurs vis-à-vis des professionnels. Les agences publiques de contrôle dans les domaines de la santé (Anvisa), des télécommunications (Anatel) ou de l'énergie (Aneel) exercent un rôle régulateur favorisant les consommateurs. Le Ministère Public joue, lui aussi un rôle fondamental dans la défense des intérêts collectifs des consommateurs, comptant sur un fort pouvoir de négociation et sur la possibilité d'intenter des actions civiles et pénales en vue de leur protection collective.

accessible aux consommateurs ; la création d'organismes de représentation judiciaire fournissant un service d'assistance gratuite ; l'élimination des frais de justice pour les causes de moindre valeur ; l'adoption de mécanismes d'inversion du fardeau de la preuve lors de la constatation d'un déséquilibre matériel entre les parties¹⁶⁰. Ce sont des mesures qui répondent à un principe d'équité, surtout dans les contextes socio-économiques où les consommateurs sont plus défavorisés¹⁶¹.

« Les instruments de la politique d'accès à la justice ainsi conçue vont relever d'une vaste entreprise impliquant, en plus de seuls aménagements de procédure, un réexamen de l'organisation judiciaire elle-même, une réévaluation du mode de distribution du service juridique, une révision des règles de droit matériel dans le sens d'une plus grande prévention des litiges et d'une protection accrue du citoyen contre toute atteinte à son droit d'accéder à la justice, le recours à des modes informels de résolution des litiges situés en dehors du système judiciaire traditionnel, l'adaptation du système de droit à certains conflits ou à certaines catégories de requérants, la prise en compte, dans les mécanismes de protection, de défense et de représentation suggérés, des répercussions tant individuelles que collectives des conflits socio-économiques. »¹⁶²

¹⁶⁰ Les systèmes communautaire, français et suisse ne possèdent que des dispositions légales, de présomption de la faute de la part des professionnels. Ainsi, le consommateur est, en principe, libéré d'apporter la preuve de l'antériorité du défaut ou du vice des produits (normes sur la responsabilité du fait des produits et sur les garanties contre les vices cachés). La jurisprudence exerce aussi un rôle important dans la considération de cette présomption en faveur des consommateurs. Au Brésil, le Code de protection prévoit dans son article 6, alinéa VIII, l'inversion du fardeau de la preuve en faveur du consommateur, lorsque le juge constate un déséquilibre (économique ou technique) entre les parties, ou lorsque ses allégations lui paraissent vraisemblables, selon les règles de l'expérience.

¹⁶¹ Au niveau européen une recommandation de la Commission, du 30.3.1998 (98/257/CE) a posé les « principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation », et une résolution du Conseil du 25.5.2000 a posé les jalons pour un « réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation » (JOC 155, 6.6.2000, p. 1). En France, les consommateurs comptent sur des systèmes extrajudiciaires et judiciaires de solution des litiges : d'abord, il peuvent recourir aux procédures de conciliation ou d'arbitrage, qui peuvent être exercées par des organismes publics, privés ou par les associations de consommateurs ; il y a aussi des procédures judiciaires simplifiées, telles la déclaration au greffe (valeur de la cause jusqu'à 3800 euros), ou l'injonction de faire (jusqu'à 7600 euros) devant les tribunaux d'instance, et encore les juridictions de proximité (jusqu'à 1500 euros) ; pour les procédures où les consommateurs à faibles revenus nécessitent de l'assistance d'un avocat, il y a une prévision d'aide juridictionnelle gratuite. En Suisse, les consommateurs sont normalement encouragés à entreprendre une conciliation lors d'un conflit avec les professionnels, en raison des frais de justice élevés. Ils peuvent faire recours à l'aide des associations de consommateurs, qui s'en chargent de les informer sur les moyens d'obtenir une conciliation. L'article 1^{er} de l'ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale, du 7.3.2003, prévoit l'établissement, par les cantons, d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire simple et rapide s'appliquant, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse de 20.000 francs suisses, aux différends qui découlent des contrats conclus entre consommateurs et fournisseurs. Des lois sectorielles contiennent aussi des dispositions propres à la résolution extrajudiciaire des litiges dans les domaines respectifs. Visant exactement à « mettre en réseau » les divers systèmes existants, l'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) prévoit un mécanisme de résolution extrajudiciaire propre aux litiges de consommation, en développant des procédures dirigées par des *ombudsmans*, des procédures de médiation et d'arbitrage privé. Au Brésil, les Procon's conseillent les consommateurs sur les modes de résolution extrajudiciaire des litiges, par conciliation ou par arbitrage. Les « tribunaux spéciaux civiles », institués par la loi 9.099 du 26.9.1995, entretiennent un service d'accueil, de conciliation des conflits et de formulation des demandes des consommateurs, dont la valeur ne dépasse pas 40 salaires minima (approx. 6000 euros). Pour les causes dont la valeur n'excède pas 20 salaires minima, les consommateurs n'ont pas besoin de se faire représenter par un avocat. Ils sont libérés des frais de justice. Les centres d'assistance judiciaire publique offrent aussi des services gratuits aux consommateurs dépourvus, qui ont besoin de se faire représenter par un avocat. Malheureusement, toutefois, le manque de ressources humaines et financières destinées à ces services rend leur efficacité bien en deçà du but poursuivi.

¹⁶² G. Delvaux, *op. cit.* p. 35-36.

Un aspect fondamental de l'entreprise visant à la protection des consommateurs par la facilitation de leur accès à la justice consiste à la formulation et l'instrumentalisation de leurs demandes collectives. L'institutionnalisation de nouvelles catégories de droits collectifs doit assurer la protection de larges groupes de consommateurs, voire de toute la collectivité. L'adoption du modèle des actions collectives (les « class actions »), pouvant être intentées par les associations de consommateurs ou par le Ministère Public, lui-même, réalise avec efficacité ces objectifs¹⁶³.

En conclusion, une nouvelle approche de l'accès au droit et de l'accès à la justice, qui permette aux citoyens la véritable expression de leurs besoins et de leurs demandes, exige le réaménagement du système traditionnel de résolution des litiges, où seuls les rapports juridiques individuels sont considérés.

La collectivisation des droits, l'ouverture des canaux collectifs de négociation et de solution de litiges, en même temps que l'amélioration du système d'absorption des conflits individuels constituent autant de mesures qui se montrent plus adaptées à la réalisation de l'objectif ultime d'une politique de promotion des intérêts des consommateurs dans la société moderne: celui d'harmoniser les intérêts en conflit dans les rapports de consommation par le rétablissement de l'équilibre entre consommateurs et professionnels.

Conclusion

La réponse à la question qui nous a incité à la recherche scientifique se trouve décrite tout le long de cette étude. Le consommateur laissé à son propre sort, devant se défendre tout seul contre les atteintes portées à son intégrité et à ses intérêts dans le libre jeu du marché, serait fatalement écrasé par les plus puissants. On a pu voir ainsi les différentes raisons qui entraînent le besoin de protéger juridiquement les consommateurs.

La constatation de l'inadaptation du droit commun traditionnel, dans le but de leur fournir une protection efficace, nous a aussi permis de conclure au besoin de les protéger avec des normes spéciales, qui tiennent compte des intérêts particuliers des consommateurs et de la situation de vulnérabilité dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des professionnels, dans la société de consommation.

Le droit de la consommation consiste dans un système efficace de protection juridique, dont l'excellence mérite d'être vantée, sans oublier que son émergence n'est pas un acquis naturel, mais le fruit des luttes et des efforts des mouvements consommateurs. Certes, cette branche du droit n'apporte pas de solution à toutes les contraintes que subissent

¹⁶³ En France, le code de la consommation accorde aux associations de consommateurs le pouvoir d'agir en défense des droits collectifs et individuels des consommateurs, visant soit à la cessation des agissements illicites, soit à la prévention contre les clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion, soit à la réparation des dommages subis par les consommateurs (articles L. 421-1 à L. 422-3 du Code). En Suisse, l'article 10, alinéa 2, lettre b, de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) prévoit le droit des associations de consommateurs d'agir en défense de leurs intérêts collectifs, contre des agissements déloyaux, au sens de la loi. Au Brésil, en outre des associations de consommateurs, c'est indiscutablement le Ministère Public qui joue le rôle le plus important dans la défense des droits diffus, collectifs et « individuels homogènes » des consommateurs (articles 81 et 82 du Code). Pendant les quinze ans d'existence du Code de protection, d'innombrables épisodes ont révélé l'importance du Parquet dans la défense des intérêts collectifs des consommateurs brésiliens, surtout lorsqu'on reconnaît le faible pouvoir de négociation de la plupart des associations de consommateurs.

individuellement les consommateurs au sein de la société. Mais son importance devient d'autant plus accrue qu'on se rend compte des effets préjudiciels, reportés sur toute la collectivité, des rapports de consommation.

Le choix d'entreprendre une analyse comparative entre les systèmes socio-économiques et juridiques européen et brésilien nous semble avoir été convenable et assez révélateur. Car l'analyse nous permet non seulement la comparaison entre les différentes techniques juridiques employées dans la protection des consommateurs, mais aussi de connaître leur fonctionnement dans différents environnements socio-économiques et culturels.

Le droit brésilien de la consommation étant le plus « jeune » parmi les systèmes étudiés, l'analyse comparative avec les systèmes européens permet au juriste, à la fois, de comprendre la genèse de cette nouvelle branche du droit, et de se servir des modèles et des techniques les plus modernes, employés dans la protection des consommateurs. L'entreprise devient d'autant plus profitable qu'elle permet aux juristes de participer à la construction progressive de l'interprétation du droit de la consommation, dans son application pratique.

C'est ainsi que cette étude nous semble porter une ampleur plus étendue que la seule analyse descriptive des instruments actuels de protection spéciale. Elle constitue alors le point de départ d'une réflexion sur la portée du droit. Sur son aptitude à correspondre aux attentes de la société, en vue de promouvoir un système plus juste et social d'organisation civile, devant faire face aux différences culturelles de chaque société ainsi qu'aux contraintes qui affectent tous les pays dans un monde globalisé.

Les nouveaux besoins, les nouvelles demandes et la multiplication des problèmes dans la société de consommation, conduisent à l'inévitable nécessité de promouvoir la collectivisation des droits, seul moyen apte à atteindre le bien-être de tous. Le droit de la consommation se trouve ainsi à l'origine de la défense collective des consommateurs, surtout de leurs intérêts diffus et indivisibles.

À cet égard, quelques observations nous semblent importantes à titre d'analyse comparative, à propos de la légitimité conférée par le législateur brésilien au Ministère Public en vue de promouvoir la défense des intérêts collectifs des consommateurs.

La Constitution fédérale du Brésil détermine, dans son article 127, qu'il incombe au Ministère Public, en tant qu'organisme indépendant et essentiel à la fonction juridictionnelle de l'État, la défense de l'ordre juridique, du régime démocratique et des « intérêts sociaux et individuels indisponibles ». L'article 129 de la Constitution attribue aussi au *Parquet* l'initiative de la proposition en justice de l'« action civile publique » – ACP, dans le but de promouvoir la protection de l'environnement et des intérêts « diffus et collectifs ».

Le Code brésilien de défense des consommateurs proclame (article 81 et suivants) que la défense collective des intérêts et des droits des consommateurs, ainsi que des victimes d'accidents de consommation, sera exercée lorsqu'il s'agit de « droits diffus », de « droits collectifs » et même de « droits individuels homogènes ». Parmi les agents légitimés se trouve le Ministère Public, à côté des associations de consommateurs.

D'autres instruments efficaces sont mis à leur disposition, telles les mesures en référé, l'exonération de ces agents du paiement des frais de justice ou des honoraires d'avocat, en cas d'échec.

Tout le long de l'existence du Code de défense des consommateurs, le pouvoir (ou le devoir) conféré au Ministère Public pour agir en défense des intérêts collectifs des consommateurs s'est révélé comme un instrument indiscutablement opportun et efficace, notamment en considération du faible pouvoir de négociation de la plupart des associations de consommateurs.

Ainsi, plusieurs clauses abusives ont été supprimées des contrats d'adhésion ; des hausses excessives des tarifs des services publics essentiels ont été réprimées dans le cadre de négociations ou de mesures juridictionnelles ; des mesures de rappel ou de retrait de produits dangereux ou défectueux mis en circulation ont été imposées ; les victimes d'accidents de consommation, ainsi que les victimes de pratiques déloyales des professionnels dans divers domaines, notamment dans celui du crédit immobilier, ont pu se faire indemniser. Toutes ces mesures ont été entreprises sous l'initiative fondamentale du Ministère Public, à l'aide d'autres organismes auxiliaires de protection.

Nous pouvons, sans aucun doute, affirmer que l'activité du *Parquet* au Brésil constitue un exemple et un modèle pour les autres systèmes, où les défaillances constatées, malgré le pouvoir d'agir conféré aux associations de consommateurs, empêchent une mise en oeuvre efficace des normes du droit positif.

L'institution d'un tel facteur extraordinaire d'équilibrage des rapports de consommation dépendra, certes, d'une large dose de volonté politique, acquise et bâtie auprès des rouages du pouvoir. Mais si l'entreprise demeure, sans doute, le défi majeur de chaque ordre juridique considéré, elle déborde du seul cadre du droit comparé.

Références

1. Ouvrages juridiques:

- BENJAMIN, Antônio Herman, *Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience*, in *Consumer Law in Global Economy*, Ashgate, 1997, p. 49-50.
- BIHL, Luc, *Une histoire du mouvement consommateur – Mille ans de luttes*, Aubier, 1984.
- _____, *Consommateur, réveille-toi !*, Syros, 1992.
- BOURGOIGNIE, Thierry, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia, 1988.
- CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6^e éd. 2003.
- DELVAX, Guy et alli, *L'aide au consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- FERNANDES NETO, Guilherme, *Cláusulas Abusivas do SFH – Um Interesse Coletivo*, Revista dos Tribunais, n. 702, 1994.
- FILOMENO, José, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 5^e éd, 1997.
- GIDE, Charles et DAUDÉ-BANCEL, *De la lutte contre la cherté par les organisations privées*, Les presses universitaires de France, Paris, 1926.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris : Dalloz, 1927.

- _____. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928.
- LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 792.
- MARQUES, Cláudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4^e éd. 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista de direito do consumidor, n. 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- PAISANT, Gilles, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.
- _____. Commentaires sur les arrêts 1^o Cass. 1^{er} civ., 17 juill. 1996 et 2^o Toulouse, 3^e ch. Civ., 9 janv. 1996, JCP 1996, II, 22747.
- PICHONNAZ, Pascal, *Avant-projet de loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs (LIPC) – Rapport explicatif du 16 mars 2004*
- RAMSAY, Ian et WILLIAMS, Toni, *Inequality, Market Discrimination, and Credit Markets*, in Consumer Law in the Global Economy, Ashgate, 1997, p. 234.
- RAMSAY, Ian, *O Controle da Publicidade em um Mundo Pós-moderno*, Revista de Direito do Consumidor, n. 4, Editora revista dos tribunais, São Paulo, 1992, p. 38.
- RAYMOND, Guy, *Quatrième étape pour le surendettement: le redressement personnel*, Contrats Conc. Cons., Juris-Classeur, août-septembre 2003, p. 7.
- SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, Paris : Cotillon, 1901.
- TOMASETTI JÚNIOR, Antônio, *Defesa do Consumidor, Concentração Industrial, Reserva de Mercado: Perplexidades de um Civilista Atento ao Noticiário*, Revista de Direito do Consumidor, n.1, Editora revista dos tribunais, São Paulo, 1992, p. 23

2. Ouvrages littéraires et sociologiques:

- BAUDRILLARD, Jean, *La société de consommation*, Denoël, 1970.
- BUARQUE, Cristóvão, *O que é apartação: o apartheid social no Brasil*, Brasiliense, 1994.
- CHARPENTIER, Michel et Jeanne, *Littérature: textes et documents*, Paris, Nathan, 1987.
- DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie des arts, des sciences et des métiers*, 1750-1766.
- MERCIER, Louis Sébastien, *Tableau de Paris*, 1781-1788.
- MOLIÈRE, *Don Juan*, 1665.
- ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, 1762.
- TOURAINÉ, Alain, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992.
- VOLTAIRE, *Prière à Dieu, Traité sur la Tolérance*, XXIII, 1763.